

إهداء ٢٠٠٦
المرحوم / محمد حسن رزق
الإسكندرية

الوسيط في شرح القانون الملاكى

(٩)

أسباب كسب الملكية

مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية
(حق الانتفاع وحق الارتفاق)

تأليف

عبد الرزاق محمد السنهوري

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلوميه من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

١٩٦٨

الناشر

دار النهضة العربية
٣٩ شارع عبد الحامد تروت - القاهرة

القسم الأول

اسباب كسب الملكية

تمهيد^(٥)

١ — التقسيم العلمى لأسباب كسب الملكية : يتم كسب الملكية بأسباب معينة . وأسباب كسب الملكية تقابل مصادر الالتزام . وكل من أسباب كسب الملكية ومصادر الالتزام يمكن تقسيمه تقسيما علميا ، يقوم على أساس واحد .

(*) مراجع عامة في التقسيم معا : بودرى وشوفو الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٥ — بودرى وتيسيه الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٥ — أوبرى درو وبارتان جزء ٢ الطبعة السادسة سنة ١٩٣٥ وجزء ٣ الطبعة السادسة سنة ١٩٣٨ — بيدان وفواران جزء ٤ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ — بلانيول وريبير وببكار جزء ٣ سنة ١٩٥٢ — دى باح وديكرز جزء ٥ سنة ١٩٥٢ وجزء ٦ سنة ١٩٥٣ — بلانبول وريبير وبولانجيه جزء أول الطبعة الرابعة سنة ١٩٤٨ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير جزء أول الطبعة الحادية عشرة سنة ١٩٤٧ — حوسران جزء أول الطبعة الثالثة سنة ١٩٣٨ — هنرى وليون وجان مازو دروس فى القانون المدنى جزء ٢ للطبعة الثانية سنة ١٩٦٢ — مارتى ورينو جزء ٢ مجلد ٢ سنة ١٩٦٥ — كاربونيه جزء ٢ سنة ١٩٥٩ — أنسيكلوبيدى دالوز جزء أول سنة ١٩٥١ لفظ Accession وجزء ٣ سنة ١٩٥٣ Occupation ولفظ Possession وجزء ٤ سنة ١٩٥٤ لفظ Prescriptin civile ولفظ Servitudes وجزء ٥ سنة ١٩٥٥ لفظ Usufruit ولفظ Usage-Habitation

محمد كامل مرسى جزء ٢ سنة ١٩٤٩ فى الحقوق المتفرعة عن حق الملكية وجزء ٣ سنة ١٩٤٩ فى الاستيلاء وإلا لتصاق والشفعة وجزء ٤ سنة ١٩٤٩ فى الحيازة والتفادم وجزء ٥ سنة ١٩٥١ فى الميراث وتصفية التركة وجزء ٦ فى الوصية — فى الشفعة وحق استرداد الحصص المبيعة قبل القسمة الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٧ — شفيق شحاتة فى النظرية العامة للحق العيني سنة ١٩٥١ — محمد على عرفة جزء ٢ سنة ١٩٥٥ فى أسباب كسب الملكية — عبد الفتاح عبد الباقى دروس فى الأموال سنة ١٩٥٦ (ورسالت بالفرنسية فى دور الحيازة فى المنقول باريس سنة ١٩٤٣) — عبد المنعم البدرأوى فى الحقوق العينية الأصلية الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ — اسماعيل غانم مذكرات فى الحقوق العينية الأصلية جزء ٢ سنة ١٩٥٨ — عبد المنعم فرج الصدة فى حق الملكية الطبعة الثانية سنة ١٩٦٤ — حسن كيرة فى مصادر الحقوق العينية الأصلية (مذكرات على الآلة الكاتبة) سنة ١٩٦٤ — منصور مصطفى منصور فى حق الملكية سنة ١٩٦٥ — محمود جمال الدين زكى فى حسن النية فى كسب الحقوق رسالة بالفرنسية القاهرة سنة ١٩٥٢ .

ذلك أن جميع مصادر الحقوق ، عينية كانت أو شخصية ، بل جميع مصادر الروابط القانونية . ترجع إما إلى الواقعة المادية (fait matériel) ، أو إلى التصرف القانوني (acte juridique) . وقد سبق أن بينا ذلك تفصيلا . عندما عرضنا لتقسيم مصادر الالتزام تقسيما علميا في الجزء الأول من الوسيط^(١) .

وقد ذكر التقنين المدني أسبابا سبعة لكسب الملكية : الاستيلاء والميراث والوصية والالتصاق والعقد والشفعة والحيازة . فاذا أردنا تقسيم هذه الأسباب تقسيما علميا . بارجاعها إلى التصرف القانوني والواقعة المادية ، دخل العقد والوصية في نطاق التصرف القانوني ، ودخل الاستيلاء والميراث والالتصاق والشفعة والحيازة في نطاق الواقعة المادية .

أما العقد فهو تصرف قانوني صادر من الجانبين ، في حين أن الوصية تصرف قانوني صادر من جانب واحد .

والاستيلاء واقعة مختلطة (mixte) . اختلطت فيها الحيازة المادية وهي عنصر مادي بإرادة المستولي في أن يتملك في الحال وهي عنصر إرادي . ولكن العنصر المادي هنا هو المتغلب ، ومن ثم ألحق الاستيلاء بالوقائع المادية .

والميراث سبب كسب الملكية فيه هو الموت ، والموت واقعة مادية ،

= وعند الإشارة إلى هذه المراجع قصدنا الإحالة إلى الطبعة الميمنة أمام كل مرجع منها . ونذكر هنا ما وقع في يدنا من المؤلفات التي تبحث في الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني العراقي ليرجع إليها من يشاء البحث في هذا القانون : حامد مصطفى في الملكية وأسبابها بغداد سنة ١٩٥٣ والملكية العقارية في العراق (معهد الدراسات العربية العالية) سنة ١٩٦٤ - حسن علي الذنون في الحقوق العينية الأصلية بغداد سنة ١٩٥٤ - شاكر ناصر حيدر في الحقوق العينية الأصلية بغداد سنة ١٩٥٩ - صلاح الدين الناهي في الحقوق العينية الأصلية بغداد سنة ١٩٦١ .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٣٢ - فقرة ٣٤ .

والالتصاق ، سواء كان التصاقا بعقار أو التصاقا بمنقول ، ليس إلا اتحاد شيء بآخر اتحادا ماديا . فيكسب صاحب الشيء الأصلي ملكية الشيء الفرعى . فالاتحاد المادى إذن هو سبب كسب الملكية . والاتحاد المادى ليس إلا واقعة مادية .

والشفعة واقعة مركبة (complexe) ، اقترن فيها الشيوع أو الجوار أو أى ارتباط آخر يقوم بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وهذه واقعة مادية . ببيع العقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية بالنسبة إلى الشفيع . باعلان الشفيع إرادته فى الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانونى . فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانونى . ومن ثم يمكن إدخال الشفعة فى نطاق الوقائع المادية .

والحيازة هى السيطرة الفعلية على الشيء أو الحق محل الحيازة . ومن ثم تدخل الحيازة فى نطاق الوقائع المادية^(١) .

٢ — التقسيم العملى لأسباب كسب الملكية : ولم يرد التقنين المدنى أن يأخذ بالتقسيم العلمى سالف الذكر . إذ هو أقرب إلى الفقه منه إلى التشريع . وسلك فى تقسيم أسباب كسب الملكية سبيلا عمليا أقرب إلى الأذهان .

فميز بين كسب الملكية ابتداء فى شيء لم يكن له مالك وقت كسب الملكية (mode originaire) ويتمثل ذلك فى الاستيلاء (occupation) ، وبين كسب الملكية تلقيا عن مالك سابق (mode dérivé) فتنقل الملكية من مالك إلى مالك آخر ، وهذا هو شأن أسباب كسب الملكية الأخرى غير الاستيلاء . وهذه الأسباب الأخرى إما أن تكون بسبب إيوفاة ويتمثل ذلك فى الميراث (succession) والوصية (testament) ، أو فيما بين

(١) أنظر فى كل ذلك الوسيط جزء أول فقرة ٣٣ .

الأحياء ويتمثل ذلك في الالتصاق (accession) والعقد (contrat)
والشفعة (préemption) والحيازة (possession) (١) .

(١) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الالتصاق والحيازة سببان منشئان للملكية جديدة منبثة الصلة بالملكية القديمة التي كانت للمالك السابق ، فهما من هذه الناحية يشتركان الاستيلاء من حيث إن كلا من هذه الأسباب الثلاثة ينشئ ملكية جديدة دون أن ينقل ملكية قديمة (بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٨٢٢ وفقرة ٢٨٢٤ - نرسون (Nerson) في أنسيكلوبيدي واللوز ؛ لفظ Propriété فقرة ٩٥ - فقرة ٩٧ - مازو ٢ فقرة ١٥٣٩ : فيما يتعلق فقط بتملك المنقول بالحيازة) . ويقول الأستاذ محمد علي عرفة في هذا المعنى : «وعلى هذا الأساس يكون الالتصاق والحيازة سببين منشئين للملكية لاناقلبن لها ، إذ أن المالك الجديد لا يكتسب ملكية الشيء بالالتصاق أو بالتقادم بإرادة المالك السابق ، بل استناداً إلى حكم القانون . كما أن الملكية التي يكتسبها بأحد هذين السببين ملكية جديدة ، لكونها مستقلة تماماً عن الملكية السابقة» (محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢ ص ٢ - ص ٣) .

والالتصاق ، في أكثر صورته ، يواجه مالكا سابقاً كان يملك المواد والأدوات التي التصقت بالأرض أو مالكا سابقاً كان يملك المنقول الذي امتزج بمنقول آخر ، فينقل ملكية هذه المواد أو هذا المنقول - هي ذاتها - إلى صاحب الشيء الأصلي ، ولا ينشئ ملكية جديدة . ذلك بأن الملكية تتميز بأنها دائمة ، وتتأبد في انتقالها . فإدام الشيء مملوكاً وكان باقياً لم يهلك ، وإن تغيرت صورته ، فالملكية باقية . وإذا ملك الشيء مالك جديد ، فأنما يكون ذلك بانتقال الملكية من المالك القديم إلى المالك الجديد ، لا بانقضاء الملكية وقيام ملكية جديدة مكانها . ويستوى في ذلك أن يبقى الشيء المملوك محتفظاً بشكله الأصلي كما في الحيازة ، أو أن يتغير هذا الشكل كما في الالتصاق ، فما دام الشيء باقياً فإن الملكية تبقى دائماً ، والذي يتبدل هو المالك لا الملكية . ولا يوجد إلا سبب واحد هو الذي ينشئ الملكية لا ينقلها ، وهذا السبب هو الاستيلاء . فانه يواجه وقت أن يتحقق شيئاً لا مالك له ، فلم تكن هناك ملكية قائمة حتى تنتقل إلى مالك جديد ، ولم يعد بد من أن تكون الملكية التي كسبت بالاستيلاء هي ملكية مبتدأة ، لا ملكية انتقلت من شخص إلى آخر .

ويخلص مما تقدم أن الالتصاق والحيازة ، كالعقد والشفعة ، سببان ناقلان للملكية فما بين الأحياء . كذلك الميراث والوصية سببان ناقلان للملكية ، ولكن بسبب الوفاة . وهذه الأسباب الناقلة للملكية جميعاً ، سواء كان نقل الملكية بين الأحياء أو كان بسبب الوفاة ، بعضها ينقل الملكية مع استخلاف المالك الجديد للمالك القديم ، وبعضها ينقل الملكية دون استخلاف . فالأسباب التي تنقل الملكية مع الاستخلاف هي العقد والشفعة والميراث والوصية ، فالعقد والشفعة بنقلان الملكية إلى خلف خاص ، والميراث ينقلها إلى خلف عام ، والوصية تنقلها تارة إلى خلف خاص وتارة إلى خلف عام . أما الالتصاق والحيازة ، فإنهما ينقلان الملكية دون استخلاف . فالذي يميز الالتصاق والحيازة إذن عن غيرهما من الأسباب الناقلة للملكية ، ليس أنهما لا ينقلان الملكية ، بل هما ينقلانها ، ولكن دون استخلاف . =

وكانت المادة ٦٦/٤٤ من التقنين المدني السابق تعدد أسباب كسب الملكية ، فتنص على أن « تكتسب الملكية والحقوق العينية الأخرى بالأسباب الآتية وهي العقود ، الهبة ، الميراث والوصية ، وضع اليد ، إضافة الملحقات للملك . الشفعة ، مضي المدة الطويلة » . فلم يتوخ هذا التقسيم أى ترتيب منطقي ، ولم يخل من التكرار إذ ذكر العقود وذكر إلى جانبها الهبة والهبة ليست إلا عقدا ، وسمى الاستيلاء « بوضع اليد » فأوجد لبسا ما بين الاستيلاء والحيازة ، وعندما عرض للحيازة سماها « مضي المدة الطويلة » والحيازة أوسع بكثير من ذلك ، وأطلق على الالتصاق عبارة « إضافة الملحقات إلى الملك » وفي هذه التسمية شيء من الإغراب والإبهام . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « رتب المشروع هذه الأسباب ترتيبا منطقيا دون أن يعددها . وهذا

= وهذا هو الذى يفسر أن المالك الجديد ، فى الالتصاق والحيازة ، لا يخلف المالك السابق فى ملكيته ، لا خلافة عامة ولا خلافة خاصة ، فلا يتقيد بالأعباء والتكاليف التى كانت تقيد المالك السابق (قارن الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٣٥٠ ص ٦٠٦ هامش ٣) .

ويكون غير واضح فى نظرنا إذن تقسيم الأستاذ محمد على عرفة لأسباب كسب الملكية إلى أسباب منشئة للملكية وهى الاستيلاء والالتصاق والحيازة ، وأسباب ناقلة للملكية وهى العقد والشفعة ، وأسباب خلافة فى الملكية وهى الميراث والوصية . ذلك بأن الالتصاق والحيازة هما سببان ناقلان للملكية لا منشئان لها ، وإنما يتميزان بأنها ينقلان الملكية دون استخلاف كما قدمنا . وذلك بأن أسباب الخلافة فى الملكية ليست فحسب هى الميراث والوصية ، إلا إذا أريد بالخلافة الخلافة العامة دون الخلافة الخاصة، وحتى فى هذا المعنى لا تتمحض الوصية سبب خلافة عامة ، بل قد تكون سبب خلافة خاصة وهذا هو الغالب . وإنما أسباب الخلافة فى الملكية ، سواء كانت خلافة عامة أو خلافة خاصة ، هى جميع الأسباب الناقلة للملكية فيما عدا الالتصاق والحيازة ، فتكون أسباب الخلافة إذن هى العقد والشفعة والميراث والوصية . فكان الأولى إذن أن يقسم الأستاذ محمد على عرفة الأسباب إلى منشئة وهى الاستيلاء وحده ، وناقلة دون استخلاف وهى الالتصاق والحيازة ، وناقلة مع الاستخلاف وهى العقد والشفعة والميراث والوصية . فيستبدل على هذا النحو تقسيم الأسباب الناقلة للملكية إلى ناقلة مع الاستخلاف وناقلة دون استخلاف ، بتقسيمها إلى ناقلة للملكية فيما بين الأحياء وناقلة للملكية بسبب الوفاة . ولما كان تقسيم الأسباب الناقلة للملكية إلى ناقلة للملكية فيما بين الأحياء وناقلة للملكية بسبب الوفاة هو ، من الناحية العملية ، تقسيم أكثر وضوحاً من التقسيم القائم على فكرة الاستخلاف ، فقد أثره التقنين المدني :

بمخلاف التقنين الحالي (السابق) (م ٤٣ / ٦٦) فقد عددها دون أن يرتبها ترتيباً منطقياً . وقد ميز المشروع بين كسب الملكية ابتداءً ، أى دون أن يكون لها مالك سابق تنتقل منه ، ويكون هذا بالاستيلاء ، وبين كسبها انتقلاً من مالك سابق . والكسب انتقلاً قد يكون بسبب الوفاة ويتم هذا بالميراث والوصية . أو يكون انتقلاً بين الأحياء ويتم ذلك بالالتصاق والعقد والشفعة والحيازة . ولم يعرض المشروع في هذا المكان للهبة كما فعل التقنين الحالي (السابق) . فهي كسب من أسباب انتقال الملكية تدرج في العقد . ولا محل لإفرادها بالذكر . وهي كعقد مسمى لها أحكام مفصلة يجب أن توضع في مكانها بين العقود المسماة . وهذا ما فعله المشروع « (١) .

وأساب كسب الملكية التي ذكرها التقنين المدني هي أسباب عامة شاملة . فهي عامة . إذ هي لا تقتصر على الملكية وحدها ، بل تتناول سائر الحقوق العينية الأصلية كحق الانتفاع وحق الارتفاق . وقد كانت واردة في المشروع التمهيدى بعد الحقوق المتفرعة عن الملكية ، حتى نعم حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه . فرأت لجنة المراجعة أن تقدمها في الترتيب وتجعلها تالية مباشرة لحق الملكية . لأنها متحققة جميعها في حق الملكية ولا تتحقق جميعها في الحقوق المتفرعة عنه . وما يتحقق منها في هذه الحقوق منصوص عليه في كل حق (٢) . وهذه الأسباب هي أيضاً شاملة ، فهي قد حصرت جميع أسباب كسب الملكية . ويلاحظ في هذا الصدد أن الملكية قد تنتقل جبراً على صاحبها بإرادة من تنتقل إليه دون إرادة المالك نفسه ، وأبرز ما تكون هذه الظاهرة في الشفعة . وهنا ، حتى تكون الأسباب شاملة حقاً ، يجب أن نأخذ بالشفعة ما يمثّلها في نفس الظاهرة . ونذكر من ذلك استرداد الحصة الشائعة المباعة قبل القسمة ، واسترداد الحق المتنازع فيه ، واشترائك الجار في الجزء المعلى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٥ هامش ١ .

من الحائط المشترك . والمزاد الجبرى عند تنفيذ الدائن على أموال المدين
أو عند قسمة التصفية ، ونزع الملكية للمنفعة العامة . والتأمين . والمصادرة^(١) .
وهذه الأسباب كلها مذكورة في مواضعها . فلا نعود إليها هنا^(٢) .

٣ — **خطة البحث :** ونسائر التقنين المدنى فى تقسيمه العملى لأسباب
كسب الملكية ، فهو تقسيم واضح . ونبحث هذه الأسباب فى أبواب
ثلاثة : نفرد الباب الأول منها لكسب الملكية ابتداء عن طريق الاستيلاء ،
ونجعل الباب الثانى لكسب الملكية بسبب الوفاة فنبحث الميراث والوصية .
ونخصص الباب الثالث لكسب الملكية فيما بين الأحياء فنبحث الالتصاق
والعقد والشفعة والحيازة .

(١) بلا نيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٤١ - فقرة ٢٨٤٢ - وقد افترضوا أن
تسمى هذه الطائفة من الأسباب « أسباب انتقال الملكية جبراً على صاحبها »
modes dérivés d'acquisition non volontaire

(٢) أنظر أيضاً فى كسب الصانع للملكية ما يصنعه كمن يصنع طائرة أو باخرة فبملكها :
بلا نيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٢٦ .

الباب الأول

كسب الملكية ابتداء الاستيلاء

(Occupation)

٤ — التمييز بين المنقول والعقار : الاستيلاء ، كسب لكسب الملكية ، يفترض أن الشيء الذي تكسب ملكيته ليس له مالك وقت الاستيلاء . وعلى ذلك لا يرد الاستيلاء إلا على الأشياء ، فلا يرد على الأموال إذ وقت الاستيلاء كان الشيء لا مالك له . فهو شيء لا مال ، ويصبح مالا بالاستيلاء (١) .

ويندر أن توجد أشياء لا مالك لها في المجتمعات المتحضرة . أما في المجتمعات البدائية التي لم تستغل مواردها الاقتصادية . وفي المجتمعات الجديدة الناشئة ، وفي البلاد الصحراوية ، فكثير من أشياءها يكون لا مالك له . ومن ثم يرد عليه الاستيلاء .

وإذا كان الشيء الذي لا مالك له نادرا في المجتمعات المتحضرة ، فهو في العقار أندر منه في المنقول . ذلك أن العقار تقبل الناس على تملكه ، فلا يكاد يبق عقار لا مالك له . وإذا بقيت أراض غير مزروعة في الصحراء أو في الجبل لا مالك لها ، فيغلب أن يتدخل المشرع ويعتبرها ملكا للدولة ، كما فعل المشرع المصري عندما نص في المادة ٨٧٤ / ١ مدني على أن « الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكا للدولة » (٢) . لذلك يجب التمييز ، في الاستيلاء ، بين المنقول والعقار .

(١) محمد علي عرفة ٢ فقرة ٨ ص ١١ .

(٢) أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة ٧١٣ مدني فرنسي على أن « الأشياء التي ليس لها مالك تكون ملكاً للدولة » . ونص أيضاً في المادة ٥٣٩ مدني فرنسي على أن « الأشياء السائبة التي لا مالك لها ، وأموال من يموت دون وارث أو من تخل الوارث عن تركته ، تدخل في الدومين العام » . ولكن هذه النصوص تفسر في فرنسا على أنها مقصورة على العقار

المبحث الأول :

الاستيلاء على المنقول

٥ - المنقول الذي لا مالك له - نص قانوني : يقع في بعض الأحيان أن يكون المنقول ليس له مالك . إما بالألا يكون له مالك منذ البداية ، أو بأن يكون له مالك ثم يتخلى هذا عن ملكيته فيصبح المنقول لا مالك له .

مثل المنقول الذي لا يكون له مالك منذ البداية (res nullius) :
الأشياء المشتركة (res communes) ، والسملك في الماء ، والطير في الهواء ،
والحيوانات غير الأليفة .

وقد يكون للمنقول مالك ، ثم يتخلى هذا عنه ، وقد نصت المادة
٨٧١ / ١ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : « يصبح المنقول لا مالكاً

= دون المنقول ، فالعقار الذي لا مالك له هو وحده الذي يكون ملكاً للدولة فلا يجوز تملكه
بالاستيلاء (بلانيول وريبيروبيكار ٣ فقرة ٦٣ وفقرة ٥٩٠) . أما المنقول فيجوز ألا
يكون له مالك ، ومن ثم يجوز تملكه بالاستيلاء (بلانيول وريبيروبيكار ٣ فقرة ٦٣ ص ٦٧) .
وقد كان مشروع التقنين المدني الفرنسي الصادر في سنة ١٨٠٤ يجعل كلا من العقار والمنقول
إذا لم يكن له مالك ، ملكاً للدولة ومن ثم كان هذا المشروع لا يقر الاستيلاء سبباً لكسب
الملكية ، وكانت إحدى مواد هذا المشروع تنص على ما يأتي :

« لا تعترف القوانين المدنية بالحق في الاستيلاء ، والأشياء التي لم يكن لها مالك أصلاً ،
أو التي أصبحت لا مالك لها لتخلي أصحابها عنها ، تكون ملكاً للأمة . ولا يجوز لأحد أن يملكها ،
إلا بحيازة كافية للتملك بالتقادم » (فينية ٢ ص ١٢٤) . ولكن هذا النص حذف من المشروع ،
بناء على ملاحظة قدمتها محكمة استئناف باريس ، واستندت فيها إلى أن بعض الصناعات
industrie des chiffonniers تقوم على التقاط المخلفات والمنقولات التي يتخلى عنها أصحابها ،
فتحولها إلى ورق أو إلى مواد أخرى ذات فائدة . وقد استبدل بالنص المحذوف نص المادة
٧١٣ مدني فرنسي سالف الذكر . وأصبح مسلماً في القانون الفرنسي أن هذه المادة
الأخيرة مقصورة على العقار دون المنقول كما سبق القول . وقد أكدت لجنة تنقيح التقنين
المدني الفرنسي هذا المعنى ، عندما عدلت في مشروع تنقيحها المادة ٧١٣ مدني فرنسي على
الوجه الآتي - « العقارات التي ليس لها مالك تكون ملكاً للدولة » (لجنة تنقيح التقنين المدني
الفرنسي سنة ١٩٤٦ - سنة ١٩٤٧ ص ٨١٧ - ص ٨٢٠ و ص ٨٣٠) .

له ، إذا تخلى عنه مالكة بقصد النزول عن ملكيته « (١) . فإذا تخلى مالك المنقول عنه بقصد النزول عن ملكيته ، فقد هذه الملكية وأصبح المنقول ليس له مالك ، ومن ثم يجوز لأي شخص أن يملكه بالاستيلاء . مثل ذلك أن يلتقي شخص في الطريق . أو في سلة المهملات لتلقى في الطريق ، أوراقا أو أشياء أصبحت غير ذات نفع له . قاصدا بذلك النزول عن ملكيتها (٢) . ومثل ذلك أيضا أن يحوز شخص حيوانا غير أليف فيتملكه بالاستيلاء ، ثم يطلقه متخليا عن ملكيته فيفقدوها . ثم يعود إلى حيازته مرة أخرى فيعود إلى تملكه بالاستيلاء . ومثل ذلك أخيرا الطير والأتربة التي تستخرج من باطن الأرض وتلقى على قارعة الطريق ، كما إذا حفر شخص خندقا في أرضه أو طهر ترعة أو مصرفا .

ويشترط في التخلي الذي يفقد المالك ملكية المنقول أن يكون متوافرا على عنصرين : (١) عنصر مادي . هو ترك المنقول يخرج من حيازته . (٢) وعنصر معنوي . هو نية النزول عن ملكية المنقول . وقد تستخلص هذه النية من الظروف كما هو الأمر في إلقاء الأشياء في الطريق أو في إطلاق الحيوان غير الأليف بعد اعتقاله ليعود إلى حرته . وعلى ذلك إذا ضاع

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٢ / ١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يستعمل لفظ «سائبة» بدلا من عبارة «لا مالك له» . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٢ / ١ في المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٠ / ١ . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « لا مالك له » بنفط «سائبة» ، وذلك «دفعاً للشبهة التي تتبادر إلى الذهن من دلالة السائبة في الإسلام» . ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٨٧١ / ١ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٨ - ص ١٩٠) . ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن أخكم كان معمولا به .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ١/٨٢٩ (مطابق)

التقنين المدني الليبي م ١/٨٧٥ (مطابق)

التقنين المدني العراقى م ١١٠٤ (موافق)

قانون الملكية العقارية اللبنانية لا مقابل .

(٢) أنظر مايلي بفترة ١٠ .

و منقول من ماله ، فان المالك لا يعتبر متخلياً عن ملكيته ، فهو إذاً كان قد فقد حيازته فان ذلك لم يقترن عنده بنية النزول عن الملكية (١) .

وفهم من نص المادة ٨٧١ / ٢ مدني ، عن طريق التدليل العكسي ، أن العقار لا يجوز أن يتخلى ماله عنه ، إذ النص مقصور على المنقول . فمن تخلى عن عقار ، قاصداً النزول عن ملكيته . تخلصاً من الضرائب مثلاً أو من أحكام قانون الإصلاح الزراعي ، فان العقار يبقى بالرغم من ذلك على ملكيته . فلا يفقد هذه الملكية ، ولا يؤول العقار للدولة .

٦ - كيف يتم الاستيلاء على المنقول الذي لا مالك له - نص قانوني :

تنص المادة ٨٧٠ مدني على ما يأتي :

« من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه ، ملكه » (٢) .
ويخلص من هذا النص أن للاستيلاء أركاناً ثلاثة : إذا اجتمعت تحقق الاستيلاء وكان سبباً لكسب الملكية :

أولاً - منقول لا مالك له : وقد رأينا فيما تقدم (٣) أن المنقول الذي لا مالك له إما أن يكون كذلك منذ البداية ، أو أن يكون له مالك في أول

(١) وإذا توافر العنصران المادي والمعنوي في التخلي ، أصبح المنقول لا مالك له ، وسقطت ملكية صاحبه . ولا يشترط لسقوط الملكية أن يستولي أحد على المنقول ، بل إن مجرد التخلي مسقط للملكية (عبد المنعم البدر أوى بقرة ٣٧٢ ص ٤١٥) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٤١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٧ - ص ١٨٨) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٧٩/ ٥٦ : الأموال التي ليس لها مالك تعتبر ملكاً لأول واضح يد عليها . (وهذا الحكم يتفق مع حكم اتقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى التقنين المدني السوري م ٨٢٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٧٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٩٨ / ١ (موافق)

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(٣) أنظر آنفاً بقرة ٥ .

الأمر ثم يتخلى هذا المالك عن ملكيته . ففي الحالتين يرد الاستيلاء على هذا المنقول الذى لا مالك له ، فيكون سببا فى كسب ملكيته لمن وضع يده عليه . ويجب أن يكون المنقول ماديا ، فالمنقول المعنوى لا يرد عليه الاستيلاء . فلو أن شاعرا نظم شعرا ، ولم يرض عنه فألقى الورقة التى كتب فيها هذا الشعر فى الطريق بنية النزول عن ملكيته للورقة وعن حقه المعنوى فى الشعر الذى نظمها . فالتقط الورقة عابر فى الطريق واستولى عليها . فانه يملك بالاستيلاء الورقة وحدها دون الحق المعنوى للشاعر فى شعره . ومن ثم لا يجوز لمن استولى على الورقة أن ينشر الشعر ، وأن يستعمل فى شأنه حق المؤلف المالى بدعوى أنه كسب هذا الحق بالاستيلاء ، وذلك لأن حق المؤلف المالى منقول معنوى . وليس منقولا ماديا حتى يمكن أن يرد عليه الاستيلاء . وقد وقع مثل ذلك فعلا فى فرنسا . فمزق مصور الصورة التى رسمها ولم يرض عنها . وألقى بها فى الطريق . فالتقطها أحد المارة . فقضى بالألا حق له فى جمع شتات أجزاء الصورة وإعادةها إلى أصلها وبيعها . إذ اعتبر بيع الصورة هنا بعد جمع شتاتها نشرا للصورة^(١).

ثانيا - وضع اليد على هذا المنقول : وهذا هو العنصر المادى للحيازة . فيجب حتى يتحقق الاستيلاء أن يستحوذ من يريد تملك المنقول عليه ، فيصبح فى قبضة يده ، ويستأثر به دون سائر الناس^(٢) .

ثالثا - نية التملك : وهذا هو العنصر المعنوى للحيازة . فيجب إذن على من يريد تملك المنقول بالاستيلاء أن يجمع بين عنصرى الحيازة المادى

(١) محكمة السبن المدنية ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ واللوز ١٩٢٨ - ٢ - ٨٩ - باريس ٦ مارس سنة ١٩٣١ دالوز ١٩٣١ - ٢ - ٨٨ - بلا نيول وريبيروبيكار ٣ فقرة ٥٩٢ ص ٦٠٣ هامش ٢ - وأنظر أيضاً محمد على عرفة ٢ فقرة ١٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٧٢ ص ٤١٥ - اسماعيل غانم ص ٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٢ - حسن كبيرة ص ٨٢ - مصور مصطفى مصور فقرة ١١٠ ص ٢٧٦ - ص ٢٧٧ .

(٢) وتنص المادة ١٠٩٨ مدنى عراقى على ماينى : « ١ - كل من أحرز بقصد التملك منقولا مباحاً لا مالك له ، ملكه . ٢ - والإحراز يكون حقيقياً بوضع اليد حقيقة على الشيء ، كحصد الكلا والاختطاب من أشجار الجبال . ويكون حكماً بقرينة سبب الإحراز كوضع إناء لجمع ماء المطر أو نصب شبكة للصيد » .

والمعنوى . فيصبح حائزا للمنقول ، وهذه الحيازة هي عين الاستيلاء . فلو التقط شخص منقولا ملقى في الطريق مدفوعا بعامل الفضول . ولما تأمله زهد فيه وألقاه ثانية في الطريق . فانه لا يملكه بالاستيلاء لفقد العنصر المعنوى للحيازة وهو نية التملك . ولما كانت نية التملك واجبة ، فان عديم التمييز كالصبي غير المميز والمجنون لا يستطيع أن يملك منقولا بالاستيلاء ، لانعدام نية التملك المترتب على انعدام التمييز .

ونرى من ذلك أن الحيازة وحدها هنا ، غير مقترنة بأية واقعة أخرى ، تكفى للتملك . ويرجع ذلك إلى أن الشيء الذى يرد عليه الاستيلاء هو منقول لا مالك له كما قدمنا . فتملكه لا يتضمن سلبا للملكية الغير ، ولذلك كانت الحيازة وحدها كافية . أما إذا كان المنقول مملوكا لشخص غير الحائز ، فالحيازة وحدها لا تكفى . بل يجب أن يقترن بها السبب الصحيح وحسن النية . فاذا كان الشيء عقارا ومملوكا لشخص غير الحائز ، وجب لملكه إلى جانب الحيازة انقضاء مدة التقادم الطويل وهى خمس عشرة سنة ، أو انقضاء مدة التقادم القصير وهى خمس سنوات على أن يقترن بذلك أيضا السبب الصحيح وحسن النية . كذلك فى تملك الثمار بالحيازة ، يجب أن تقترن الحيازة بحسن النية .

وننتقل الآن إلى بعض تطبيقات للاستيلاء ، ورد أكثرها فى التقنين المدنى ، ونميز فيها بين المنقول الذى ليس له مالك منذ البداية ، فنعرض للشيء المشترك ولصيد البر والبحر وللحيوانات غير الأليفة . وبين المنقول الذى كان له مالك ثم أصبح لا مالك له . فنعرض للأشياء المتروكة وللكنز وللقطة (الأشياء الضائعة) وللأشياء الأثرية وللتركة التى لا وارث لها .

§ ١ - المنقول الزى له مالك منذ البراءة

٧ - الشيء المشترك : هناك أشياء مشتركة النفع لجميع الناس ، كالشمس والهواء والبحر . وهى غير قابلة للتعامل فيها ، لاستحالة هذا التعامل .

ولكن قد يصبح التعامل في هذه الأشياء ممكناً من بعض النواحي ،
فعند ذلك تصبح منقولا ليس له مالك ، ويجوز تملكها بالاستيلاء . (١)
فأشعة الشمس يمكن أن يحصرها الفوتوغرافي ، والهواء يمكن أن يستعمله
الكيميائي في أغراضه ، والبحر يمكن أن يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون
محلا للملك (٢) ، فكل من الفوتوغرافي والكيميائي ومغترف الماء من
البحر يملك بالاستيلاء ما أحرزه من كل ذلك بنية تملكه (٣) .

٨ - صير البر والبحر - نصي قانوني : تنص المادة ٨٧٣ مدني على ما يأتي :

- (١) بلا نيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٥٣٩ .
(٢) كما لو أحرز شخص أو شركة مقداراً من ماء البحر لاستخراج الملح منه ، فانه
يملك هذا المقدار من ماء البحر (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤١ ص ٣٤٧) .
(٣) الوسيط ١ فقرة ٢٣٧ - وقد جاء في التقنين المدني العراقي نصوص لا مقابل لها
في التقنين المدني المصري ، بعضها يتعلق بالماء والكأ والنار (وهي أشياء ثلاثة تشترك فيها
كل الناس ، وقد تعتبر شيئاً عاماً أو شيئاً مباحاً) ، وبعضها يتعلق بالأشياء المباحة ، كإقتطاع
الأشجار والأحطاب والأحجار من الجبال المباحة ، وكرعى المواشي في المراعى المباحة .
ونورد فيما يلي هذه النصوص :
- م ١٠٩٩ : ١ - الماء والكأ والنار مباحة ، والناس في هذه الثلاثة شركاء .
فيجوز لهم الانتفع بها ، وإحراز الماء والكأ بشرط عدم الضرر . ٢ - ويعتبر مباحاً
الكأ الثابت في ملك شخص بغير قصده ، ولكن للمالك أن يمنع الغير من الدخول في ملكه .
٣ - وللإنسان والحيوان حق الشفة في الماء الذي لم يحرز ، وفي المساقى والقنوات المملوكة
للغير بشرط عدم الضرر .

- م ١١٠٠ : ١ - يجوز لكل شخص أن يقطع من الجبال المباحة ، إذا لم تكن من
المحاطب والغابات المختصة من قديم بأهل القرى والقصبات أشجاراً وأحطاباً وأحجاراً وغير
ذلك من المواد التي يحتاج إليها في البناء والوقود وصنع الآلات الزراعية وغيرها من حاجاته .
٢ - وإذا وجد داخل حدود قرية مرعى من غير المراعى المختصة من قديم بأهل القرى
والقصبات ، فيجوز لأهل هذه القرية أن يرعوا فيها مواشيهم ، وأن ينتفعوا بنباته ، من
غير أن يؤدوا شيئاً من الرسوم . ويجوز لغير أهل القرية ، إن لم يكن مضرراً بأهلها ، أن
يرعوا مواشيهم في هذا المرعى ، وأن ينتفعوا بنباته ، وفق ما يميزه القانون .

« الحق في صيد البحر والبر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة » (١) .

وندع جانباً القوانين واللوائح الكثيرة التي تنظم الصيد ، فهي تعرض لمسائل تفصيلية تدخل في مباحث القانون الإداري (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه المراجعة تحت رقم ٩٤٤ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٣ - ص ١٩٤) .

ويقابل النص في التقنين المدنى السابق المادة ٨٣/٥٩ : يتبع في حقوق الصيد في البر والبحر منطوق اللوائح الخاصة بها .
(وحكم التقنين السابق يتفق مع حكم التقنين الجديد)

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى

التقنين المدنى السورى م ٨٣١ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م ٨٧٧ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م ١١٠٣ (مطابق).

م ١١٠٢ :

١ - الصيد مباح برأً وبحراً ، ويجوز اتخاذه حرفة . ٢ - وشرط الصيد أن يمتنع الحيوان عن الإنسان بقدرة على الفرار ، ثم يحزره الصائد بعمله قاصداً صيده .
قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(٢) مثل ذلك لائحة الصيد الصادرة في ٤ أغسطس سنة ١٩١٢ - ومثل ذلك المرسوم بقانون الصادر في ٢١ أبريل سنة ١٩٢٦ والخاص بصيد الأسماك في البحيرات والمياه الداخلية والمياه البحرية وقناة السويس وبالملاحة في البحيرات الداخلة . وقد عدل بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٤٨ ، وبالقانون رقم ٢٨٢ لسنة ١٩٥٣ (بشأن صيد الإسفنج) ، وبالقانون رقم ٢٨٣ لسنة ١٩٥٣ ، وبالقانون رقم ٤١٩ لسنة ١٩٥٣ ، وبالقانون رقم ٥٥٧ لسنة ١٩٥٣ ، وبالقانون رقم ٢٨٣ لسنة ١٩٥٤ ، وبالقانون رقم ٣٥٧ لسنة ١٩٥٤ ، وبالقانون رقم ٧٠٣ لسنة ١٩٥٤ - ومثل ذلك القانون رقم ٢٥٠ لسنة ١٩٥٤ بالإذن لوزير الحربية في منح حق استغلال مرفق صيد الإسفنج بالمنطقة الغربية من المياه البحرية المصرية ، والقانون رقم ٢٩٤ لسنة ١٩٥٦ بالإذن لوزير الحربية في منح حق استغلال مرفق صيد الإسفنج بالمنطقة الغربية من المياه الإقليمية البحرية ، والقانون رقم ٦٨٨ لسنة ١٩٥٤ بالإذن لوزير الحربية في منح حق استغلال صيد الأسماك والمحار والبط والأوز والسمان ببعض البحيرات ببورسعيد - ومثل ذلك المرسوم بقانون الصادر في ١٠ مايو سنة ١٩٤٦ بتقرير بعض المحظورات على صيد الأسماك ، المعدل بالقانون رقم ٢٣٣ لسنة ١٩٥٣ - ومثل ذلك المرسوم الصادر في ٢١ يونيو سنة ١٩٤٨ بإنشاء مجلس استشارى للمصايد - ومثل ذلك القانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٥٣ بحظر صيد بعض الحيوانات البرية .

وهذه التشريعات إنما تنظم حق ممارسة الصيد كهنة . أما حق تملك ما يصاد فهذه مسألة من مسائل القانون المدنى ، وكذلك حق الصيد باعتباره من متعلقات حق الملكية .

وتبقى الناحية المدنية ، فالطير في الهواء والسماك في الماء منقول لا مالك له منذ البداية ، فيجوز لمن يستولى عليه أن يملكه بالاستيلاء . والاستيلاء هنا هو صيد الطير أو السمك ، فالصائد إذا صاد طيراً أو سمكاً وأصبح في قبضة يده ، فقد ملكه .

والأصل في صيد الطير أن حق الصيد في أرض يملكه صاحب هذه الأرض . فإذا كانت الأرض شائعة ، كان لكل مالك في الشيوع حق الصيد فيها ، أما النزول للغير عن حق الصيد فيقتضي رضاء جميع الملاك في الشيوع (١) . وإذا ترتب على الأرض حق انتفاع ، فالمنتفع هو الذي يكون له حق الصيد (٢) . أما المستأجر للأرض فلا يكون له حق الصيد فيها ، إلا باتفاق خاص (٣) . فإذا كان الصيد في طريق عام ، فهو مباح للجميع . بشرط مراعاة القوانين واللوائح التي تنظم هذا الحق . ولا يجوز ترتيب حق ارتفاق بالصيد ، فحق الارتفاق لا يترتب لمصلحة شخص وإنما يترتب لمصلحة عقار (٤) . ولكن يجوز إيجار حق الصيد ، وتسرى عليه أحكام عقد الإيجار (٥) . ويكون إيجار حق الصيد تبعاً لإيجار الأرض ، أو مستقلاً عنها . وعلى ذلك يكون لمالك الأرض أن يؤجر حق الصيد فيها مستقلاً عن الأرض ذاتها ، فيستبقى لنفسه الانتفاع بالأرض ويؤجر حق الصيد فيها لآخر ، كما له أن يؤجر الأرض لشخص وحق الصيد

-
- (١) نقض فرنسي جنائي ١٩ يونيو سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٧ - ١ - ٢٩٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٣ ص ٦٠٤ .
- (٢) أوبري ورد ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٣٥ - وانظر مايلي فقرة ٤٩١ في الخامس .
- (٣) نقض فرنسي ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ١ - ٥٦٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٣ ص ٦٠٤ .
- (٤) نقض فرنسي جنائي ٩ يناير دالوز ٩١ - ١ - ٤٨٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٥ ص ٦٠٦ .
- (٥) أنظر مايلي فقرة ٥٧٤ - وانظر الوسيط ٦ فقرة ١١٢ - وحق الصيد يكاد يكون مثلاً فذا لحق يجوز إيجاره ولا يجوز بيعه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٥ ص ٦٠٧ - أنظر مع ذلك نقض فرنسي جنائي ٣ يناير سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ - ١٠٠ في النزول عن حق الإيجار لجمعية) . ويلاحظ في هذا الصدد أن الوقف هو أيضاً يجوز إيجاره ولا يجوز بيعه .

لشخص آخر ، وله أخيراً أن يؤجر الأرض ويستبقى حق الصيد لنفسه .
 وإذا أجز صاحب الأرض حق الصيد ، لم يحز له أن يصطاد بنفسه أو أن
 يسمح لأحد آخر بالصيد ، لأن هذا الحق قد أجره ونزل بذلك عن حق
 الانتفاع به . أما إذا سمح صاحب الأرض بالصيد فيها لآخر ولو بمقابل ،
 فهذا السماح لا يعتبر إيجاراً بل عقداً غير مسمى تعهد به صاحب الأرض
 ألا يمنع المتعاقد الآخر من الصيد في أرضه . وهذا العقد غير المسمى
 لا يمنع صاحب الأرض من الصيد في أرضه ، ولا يمنعه أيضاً من السماح
 لأشخاص آخرين بالصيد (١) .

ويتحقق الاستيلاء على الطير بصيده ووقوعه ميتاً ولو في أرض
 الغير وإحرازه . ولكن ليس من الضروري لتحقيق الاستيلاء الإحراز
 المادي للطير ، فالمسلم به أنه يكفي أن يقع الطير ميتاً أو مجروحاً جرحاً
 قاتلاً بحيث لا يستطيع توقي مطاردة كلاب الصيد له ولا يستطيع الفرار
 منها ، فيكون إحرازه أمراً محققاً وشيك الوقوع (٢) . أما إذا كان الطير
 لم يجرح جرحاً قاتلاً وكان يستطيع الفرار ، فقبل إحرازه لا يتحقق
 تملكه بالاستيلاء ، ويجوز للغير أن يستولي عليه فيملكه . وقد تقوم
 صعوبات عملية فيما إذا اصطاد شخصان طيراً واحداً في وقت واحد

(١) أنظر الوسيط ٦ فقرة ١١٢ ص ١٣٨ هامش ٢ .

(٢) نقض فرنسي ١٧ فبراير سنة ١٨٧٩ دالوز ٨٠ - ١ - ١٢١ - أوبري ورو
 ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٣٦ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٣٤٦ - بلانيول وريبير وبيكار
 ٣ فقرة ٥٩٧ ص ٦٠٩ - حتى لو وقع الطير في أرض الغير فإن الغير لا يملكه (عبد المنعم
 فرج الصدة فقرة ٢٤١ ص ٣٤٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١٠ ص ٢٧٥). وإذا
 استولى الغير على الطير وهو في هذه الحالة بنية تملكه عد سارقاً . لأن الصائد أصبح مالِكاً
 للطير بالاستيلاء (ديجون ٧ ديسمبر سنة ١٩١٠ سبريه ١٩١١ - ٢ - ٦٨ - محمد علي عرفة
 ٢ فقرة ١٣ ص ١٧ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٣٧٢ ص ٤١٤ - ص ٤١٥ - وقارن
 شفيق شحاتة فقرة ٢٠٢ ص ٢١٣) .

أو على التعاقب^(١) ، وفيما إذا لم يعثر على الطير بعد وقوعه ثم عثر عليه بعد ذلك ، وكل هذه من مسائل ائواقع يبت فيها قاضى الموضوع^(٢) .
والسمك فى الماء . وسائر الأحياء المائية^(٣) ، هى أيضا منقول لا مالك له . ويجوز تملكه بصيده . فىكون سبب كسب الملكية هو الاستيلاء . وينظم الصيد فى البحر والبحيرات والمياه الداخلية لوائح كثيرة متنوعة . ولكن السمك الذى يوجد فى مجارى المياه المملوكة ملكية فردية . كالبرع والمصارف الخاصة والمستنقعات ، لا يعتبر منقولا لا مالك له . بل هو ملك للمالك مجرى الماء الذى يوجد فيه السمك . ولا يجوز صيد السمك فى مجارى المياه الخاصة إلا باذن أصحاب هذه المجارى ، وإذا صاد شخص هذا السمك دون إذن يعتبر سارقا له^(٤) . ويتحقق الاستيلاء على السمك الذى لا مالك له بصيده ووقوعه فى شبكة الصائد بحيث لا يستطيع الإفلات منها . فإذا تمكن السمك من الإفلات ولم يستطع الصائد إحرازه قبل أن يفلت ، وعاد السمك إلى الماء ، فانه يعود منقولا لا مالك له ، ويجوز لأى شخص آخر صيده .

٩ - الحيوانات غير الأليفة - نصن قانونى : تنص المادة ٨٧١/٢

مدنى على ما يأتى :

« وتعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة . وإذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق . عاد لا مالك له إذا لم يتبعه المالك فورا أو إذا

(١) فإذا صاد الطير اثنان على التعاقب . بأن أطلق الأول عياراً نارياً فأصاب الطير إصابة قاتلة ، ثم أطلق الثانى عياراً نارياً آخر فأجهز عليه ، فانه يكون ملكاً للصائد الأول دون الصائد الثانى ، ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضى بأن الصيد يكون شركة بين الصائدين (بيدان وفواران ؛ ص ٧٨٥ فى الهامش - بلانيول وريبير وبولا نجيه ١ فقرة ٣٣٤٧).

(٢) نقض فرنسى ١٧ ديسمبر سنة ١٨٧٩ سيريه ٨٠-١-١٦٩ - بلانيول وريبير وبيكار

٣ فقرة ٥٩٧ ص ٦٠٩ .

(٣) وكل ما يوجد فى البحر من لؤلؤ وأصداف وأحجار أخرى ثمينة وقواقع وعجارى وغير ذلك .

(٤) نقض فرنسى جنائى ١٢ يناير سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠١ - ١ - ٣٣٧ - أوبرى

ورر ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٣٩ - ص ٣٤٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٤ .

كف عن تتبعه . وماروض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ، ثم فقد هذه العادة ، يرجع لا مالك له « (١) .

ويخلص من هذا النص أن الحيوانات الأليفة ، كالدواجن والمواشي والخيل والحمير والبغال والكلاب والقطط والقرود والنسائس وغير ذلك من الحيوانات الأليفة ، لا تعتبر منقولا لا مالك له ، ولا يجوز تملكها بالاستيلاء . فهي عادة يكون لها صاحب يملكها ، ولا تزول ملكيته عنها إلا بانتقالها إلى غيره بسبب ناقل للملكية ، ولا يكون ذلك بالاستيلاء . وإذا ضلت هذه الحيوانات أو تسربت ، فإن صاحبها لا يفقد ملكيتها ، وتسرى عليها أحكام الأشياء الضائعة . وإنما تملك بالاستيلاء إذا تخلى صاحبها عن ملكيتها ، فتصبح عندئذ منقولا لا مالك له . ومن ثم يكسب ملكيتها من يستولى عليها ، وذلك كالكلاب والقطط إذا تخلى عنها أصحابها .

أما الحيوانات غير الأليفة ، ويدخل في ذلك الحمام والنحل ، كما تدخل الحيوانات التي تعيش طليقة على حالتها الأصلية من الحرية الطبيعية كالغزلان والذئاب والثعالب والطيور ، بل تدخل الحيوانات

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٢ / ٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض خلافاً لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٩٤٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/٩٤٠ . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة «لامالك له» بكلمة «سائبة» ، وعبارة «الحيوانات غير الأليفة» بعبارة «الحيوانات المتوحشة» وذلك «مادام المقصود بالمتوحش هو غير الأليف ، لتلا يفهم منها أنها حيوان الغابات آكلة اللحوم» . ووافقت اللجنة على النص بهذه التعديلات تحت رقم ٨٧١ / ٢ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال الحضيرية ٦ ص ١٨٨ - ص ١٩٠) .

ولامقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى التقنين المدني السوري م ٢/٨٢٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٢/٨٧٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانية لا مقابل .

التي تعيش عادة في الغابات كالأسود والنمور والفيلة^(١) ، فهذه جميعا لا مالك لها منذ البداية . وتبقى كذلك ما دامت طليقة . ومن ثم يجوز كسبها بالاستيلاء ، ويتم ذلك باعتقالها وترويضها واستئناسها . فإذا شيد شخص أبراجا يأوي إليها الحمام ، أو اعتقل غزالا أو طيرا وحبسه في قفص ، أو أحرز أسودا ونمورا وفيلة لتعرض في ملعب من ملاعب « السيرك » ، فانه يملك هذه الحيوانات غير الأليفة بالاستيلاء ، وتبقى ملكا له ما دامت معتقلة غير طليقة .

فإذا أطلق هذه الحيوانات ، أو انطلقت من نفسها بغير علمه أو بالرغم منه ، عادت حيوانات لا مالك لها ، ويجوز لغيره تملكها بالاستيلاء على النحو الذي كان هو قد تملكها به . وذلك مادام لم يتبعها فورا بعد علمه بانطلاقها ليعيد اعتقالها ، أو تتبعها فورا ولكنه كف عن تتبعها يأسا منه أو زهدا فيها فبقيت طليقة . أما إذا تتبعها فورا ، ولم يكف عن تتبعها حتى أمسك بها وأعاد اعتقالها ، فان ملكيته لها التي كسبها بالاستيلاء في أول الأمر تبقى ولا تزول ، حتى في خلال الفترة التي كان يتبعها فيها فيها وهي طليقة . ولا يجوز لشخص آخر أن يستولي عليها في هذه الفترة وهو عالم بحالتها ، وإلا عد سارقا لأنه اختلس منقولا ثلوثا لغيره .

وإذا روضت هذه الحيوانات حتى أصبحت تألف الرجوع إلى المكان المخصص لها ، كالحمام في الأبراج ، فانها تبقى ملكا لمن استولى عليها ، حتى في الفترة التي تغادر فيها الأبراج وتطير في الهواء ، ما دامت قد ألفت الرجوع إلى الأبراج وما دامت ترجع بالفعل إليها . فاذا فقدت هذه العادة ، ولم تعد ترجع إلى الأبراج ، فإنها تعود طليقة ، وتصبح مرة أخرى منقولا لا مالك له ، ومن ثم يجوز لأي شخص تملكها ثانية بالاستيلاء على النحو الذي سبق بيانه .

(١) بودري وقال في الموارد ١ فقرة ١٥ - وقارن مدار من المناقشة في هذا الصدد في لجنة مجلس الشيوخ آنفا ص ٢٥ هامش ١ .

§ ٢ - المنقول الزى كانه مالك

١٠ - الأشياء المتروكة : ويقصد بها الأشياء المنقولة التي تركها أصحابها وتخلوا عن ملكيتها زهدا فيها أو تخلصا منها . وذلك كالأوراق والزجاجات الفارغة والأشياء التي يستغنى عنها فتلقى في سلة المهملات ومخلفات المنازل التي تلقى في صناديق القمامة وبقايا المأكولات التي يتركها الإنسان في قطارات السكك الحديدية وما يقصد الإنسان أن يتخلص منه فيلقيه في قارعة الطريق . ويدخل في ذلك أيضا البدرات من النقود الصغيرة ، التي يلقي بها على الجمهور ليلتقطها في الحفلات والأعراس^(١) . وتسمى هذه الأشياء بالأشياء المتروكة (*res derelictae*) ، لأن صاحبها يتركها بنية التخلي عنها (*derelicto, abandon*) . فالترك إذن ، كما سبق أن بينا^(٢) ، يتكون من عنصرين ، أحدهما مادي وهو التجرد عن حيازة الشيء ، والآخر معنوي وهو نية التخلي عن ملكية الشيء وتركه ليستولى عليه أول إنسان يعثر عليه فيحوزه^(٣) . وعلى ذلك يجب التمييز بين الأشياء المتروكة . والأشياء التي ليس لها مالك منذ البداية . فالأولى كان لها مالك ، ثم تخلى عن ملكيتها . أما الثانية فلم يكن لها مالك أصلا ، كالطير في الهواء والسماك في الماء والحيوانات غير الأليفة على التفصيل الذي سبق بيانه . ولكن الأشياء المتروكة والأشياء التي ليس لها مالك منذ البداية سواء من حيث الاستيلاء ، فكلاهما يرد عليه الاستيلاء لأنه وقت أن يتم إحرازه والاستحواذ عليه لا يكون له مالك ، إما لأن المالك قد تركه أو لأنه لم يوجد له مالك أصلا . كذلك يجب التمييز بين الأشياء المتروكة ، والأشياء الضائعة (اللقطة) . فالأشياء المتروكة تخلى عنها صاحبها طوعا وعن بينة من أمره ، ففقد ملكيتها . أما الأشياء الضائعة فلم يتخل عنها صاحبها طوعا ، بل هو قد فقدتها بغير إرادته ولم يستطع

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٨ ص ٥٠ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٥ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٨ ص ٥٠ هامش ٦ .

العثور عليها ، ولعله لا يدري أنه فقدتها ، ولذلك تبقى ملكيتها له ولا تزول إلا بسبب قانوني (١) .

والأشياء المتروكة ، على النحو الذي قدمناه ، تصبح منقولا لا مالك له (٢) ، ومن ثم يجوز لأي شخص أن يملكها بالاستيلاء بل يجوز للمالك الأصلي نفسه ، إذا بدا له ذلك ، أن يعود فيستولي عليها إذا لم يكن أحد قد استولى عليها من قبل ، وعند ذلك يملكها مرة أخرى ولكن بسبب جديد هو الاستيلاء .

١١ - الكنز - نص قانوني : تنص المادة ٨٧٢ مدني على ما يأتي :

« ١ - الكنز المدفون أو المخبوء ، الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته » .
« ٢ - والكنز الذي يعثر عليه في عين موقوفة يكون مأكا خاصا للواقف ولورثته » (٣) .

(١) أنظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٨ ص ٥٠ - وانظر آنفاً فقرة ٥ .

(٢) أنظر م ١/٨٧١ مدني آنفاً فقرة ٥ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٣ من المشروع التمهدي على الوجه الآتي : « ١ - الكنز المدفون أو المخبوء ، الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون لمالك العقار أو لمالك رقبته . فإذا لم يكن للعقار مالك كان المال المذكور لمن وجده ، وعلى كل حال يجب أن يدفع للحكومة الرسم المقرر في لوائحها . ٢ - والكنز الذي يعثر عليه في عين موقوفة يكون ملكاً خالصاً للواقف ولورثته » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٤ في المشروع النهائي ، بعد أن حذفت منه العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى : « فإذا لم يكن للعقار مالك كان المال المذكور لمن وجده إلخ » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤١ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩١ - ص ١٩٢) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٨١/٥٨ : المال المدفون في الأرض الذي لا يعلم له صاحب يكون لمالك تلك الأرض . وإذا لم يكن للأرض مالك ، كان المال المذكور لمن وجده ، وعلى كل حال يجب أن يدفع للحكومة الرسم المقرر في لوائحها . (وحكم التقنين السابق لا يختلف عن حكم التقنين الجديد إلا في أنه يجعل الكنز لمن وجده إذا لم يكن للأرض مالك . ويلاحظ أنه من النادر جداً ألا يكون للأرض مالك في مصر ، فقد قدمنا أن مالك الأرض لا يفقد ملكيتها حتى إذا تخلى عنها - أنظر آنفاً فقرة ٥ - وسرى أن الأراضي الصحراوية والأراضي غير المزروعة تعتبر ملكاً للدولة) .

ويخلص من هذا النص أنه يجب أن يتوافر في الكنز شرطان :

(الشرط الأول) أن يكون مدفونا أو مخبوءا : فهو إذن مال منقول .
أما العقار المدفون فيكون عادة أثرا من الآثار القديمة (١) . تسرى عليه الأحكام المتعلقة بالآثار التاريخية لا الأحكام المتعلقة بالكنز . وما دام مدفونا أو مخبوءا فإنه يكون متميزا عن الأرض ، فما يوجد من معادن ونفط وأحجار في باطن الأرض لا يكون كنزا ، لأنه جزء من باطن الأرض وليس مدفونا أو مخبوءا فيها (٢) . وإذا لم يكن المنقول مدفونا

— ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٣٠ :
الكنز المدفون أو المخبوء ، الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، تكون ثلاثة أخماسه لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز ، وخمسة لمكتشفه ، والخمس الأخير لخزينة الدولة ، مع مراعاة النصوص الواردة في القوانين والأنظمة الخاصة بالمناجم والآثار .

التقنين المدني الليبي م ٨٧٦ تتكون من ثلاث فقرات ، الفقرتان الأولىان مطابقتان لفقرتي المادة ٨٧٢ / مدني مصري ، والفقرة الثالثة تجرى على الوجه الآتي : « وإذا عثر شخص بمجرد الصدفة على كنز في مال مملوك للغير ، اقتسمه مع المالك مناصفة » . (والتقنين الليبي يقسم الكنز مناصفة بين صاحب العقار ومن كشف الكنز) .

التقنين المدني العراقي م ١١٠١ : الكنز المدفون أو المخبوء ، الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته ، يكون لمالك العقار إن كانت الأرض مملوكة ، وللدولة إن كانت الأرض أميرية ، وبلجهة الوقف إن كانت الأرض موقوفة وقفاً صحيحاً . (ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أنه يجعل الكنز الذي عثر عليه في أرض موقوفة بلجهة الوقف لا للواقف وورثته ، ويصرح هذا التقنين بأن الكنز للدولة إذا عثر عليه في أرض أميرية) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٣٧ : إن الكنز الذي يعثر عليه في الأرض تعود ثلاثة أخماسه لصاحب الأرض ، وخمس لمكتشفه ، والخمس الأخير للخزينة العامة ، مع الاحتفاظ بالتقييدات المنصوص عنها في القوانين النافذة والأنظمة المتعلقة بالمناجم والآثار القديمة . (وأحكام القانون اللبناني تطابق أحكام التقنين السوري) .

(١) وقد قضى في فرنسا أنه لا يعتبر كنزا الموزاييك الموجود في باطن الأرض والذي يرجع إلى العهد الروماني (باريس ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٨ - ٢ - ١٩٧ - نقض فرنسي ١٣ ديسمبر سنة ١٨٨١ دالوز ٨٢ - ١ - ٥٥ - بلانيول وريبيروبيكار ٣ فقرة ٦٠٥ ص ٦١٤) . ويعد ملكاً لصاحب العقار الذي يعد الموزاييك جزءاً منه (كولان وكابتان ودي لا موراندير ١ فقرة ١١٣٤ ص ٩٢٣) .

(٢) بلانيول وريبيروبيكار ٣ فقرة ٦٠٥ ص ٦١٥ - بلانيول وريبير وهولانجه

أو مخبوءا ، بل كان ملقى على سطح الأرض ، فهو ليس بكنز ، ويعتبر شيئا ضائعا تسرى عليه أحكام الأشياء الضائعة (١) . وليس من الضروري أن يكون الكنز مدفونا أو مخبوءا في باطن الأرض أو في حائط لبناء قائم . أى في عقار . بل يجوز أن يكون مخبوءا في منقول آخر يحتويه . كما إذا عثر على مجوهرات أو ذهب أو نقود في درج سرى من أدراج المكتب ، أو على أوراق مالية أو سندات مخبوءة طي صفحات كتاب أو سجل قديم (٢) .

(والشرط الثانى) ألا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته لهذا المنقول : فإذا استطاع شخص أن يثبت ملكيته للمنقول ، وأنه كان قد دفنه في باطن الأرض أو خبأه في مخبأ سرى خوفا عليه من السطو أو المصادرة أو للطمأنينة على بقاءه محفوظا ، فإنه لا يعتبر كنزا ، ويجوز للمالك أن يسترده بدعوى الاستحقاق (٣) .

ويلاحظ أن الكنز - بهذا التحديد - ليس من الدقة أن يقال إنه منقول لا مالك له . فقد رأينا أن المنقول الذى لا مالك له إما أن يكون لم يملكه أحد منذ البداية ، أو يكون قد ملكه شخص ثم تخلى عن ملكيته . والكنز ليس هذا ولا ذاك ، فهو قد كان له مالك ، ولم يثبت أن هذا المالك قد تخلى عن ملكيته بل الظاهر أنه كان حريصا عليه عندما دفنه

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٥ ص ٦١٤ - ص ٦١٥ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤١ هامش ٢٨ - بلانيول وريبير وبيكار

٣ فقرة ٦٠٥ ص ٦١٥ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٣٦١ - ولكن لا يعتبر كنزا المجوهرات والأشياء الثمينة المدفونة مع جثة الميت لاعتبارات دينية أو أدبية ، إلا إذا أصبح الوارث لهذه الأشياء غير معروف ولم تكن أشياء أثرية (بورديو ٢١ مارس سنة ١٨٩٩ سيريه ١٩٠٠ - ٢ - ١٠٣ - مارتى ورينو فقرة ٢١٦ ص ٤٠٧ - ص ٤٠٨) .

(٣) ولا يشترط في الكنز أن يعثر عليه بمحض الصدفة ، فقد يتوقع شخص أن يكون في أرض كنز ويسعى للكشف عنه ، فإذا وجده سرت عليه الأحكام المتعلقة بالكنز . كذلك لا يشترط في الكنز أن يكون قديماً وإن كان يغلب أن يكون كذلك ، ولكن يصح أن يكون هناك منقول قد دفن أو خبئ من عهد قريب جداً ، فإدام أحد لا يستطيع أن يثبت ملكيته إياه فهو كنز (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة

٦٠٥ ص ٦١٥ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٣٦١ ص ١١٠٢) .

أو خبأه . لذلك يبدو أن الكنز لا يصح أن يكون محلاً للاستيلاء^(١) ، كما يصح أن يكون محلاً للاستيلاء المنقول الذى لا مالك له . وإذا كنا نعالج هذه المسألة بين مسائل الاستيلاء ، فلأن الكنز يقرب من المنقول الذى ليس له مالك فى أنه ولو أن له مالكا إلا أن هذا المالك غير معروف^(٢) . من أجل ذلك لم تسر على الكنز أحكام الاستيلاء كاماة فى القانون الفرنسى ، ولم تسر أصلا فى القانون المصرى .

أما القانون الفرنسى فيقسم الكنز مناصفة بين مالك العقار الذى وجد فيه الكنز وبين من عثر على هذا الكنز ، فإذا كان من عثر عليه هو نفس مالك العقار فالكنز له كله (م ٧١٦ مدنى فرنسى)^(٣) . وفى الحالة الأولى ، إذا قسم الكنز مناصفة ، من عثر على الكنز يملك النصف بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء ، لأن الاستيلاء لا يرد على الكنز^(٤) كما قدمنا . وقد رأى المشرع الفرنسى أن الكنز ، ومالكه غير معروف ، يتقاسمه الشخصان اللذان لهما شأن به ، وهما صاحب العقار ومن عثر على الكنز . أما من عثر على الكنز ، فلأنه هو الذى كشف عنه وقد

(١) قرب كولان وكاييتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٢٣ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٣٣٦٥ - وانظر أنسكلوبيدى دالوز ٣ لفظ occupation فقرة ٢٢ وفترة ٣٠ .

(٢) قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨ ص ٢٧ - ص ٢٨ .

(٣) وقد يكون هذا الحكم ، من بعض الوجوه ، أعدل من الحكم الذى ورد فى التقنين المدنى المصرى . فهو يعطى لمن عثر على الكنز ، إذا لم يكن هو مالك العقار ، نصف الكنز ، إذ هو الذى كشف عنه ولولا هذا الكشف لكان محتملا أن يبقى الكنز مختبئاً لا يدرك به أحد . هذا إلى أن إعطاء نصف الكنز لمن عثر عليه يشجعه على أن يعلن كشفه للكنز ، أما إذا لم يكن له نصيب فيه بهذا المقدار فيغلب أن يكتم أمر كشفه إذا استطاع إلى ذلك سبيلا ، ليستأثر به وحده ، وإن عد فى هذه الحالة سارقاً .

(٤) أنظر عكس ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٧ ص ٦١٦ .

كان قبل ذلك مدفونا أو مخبوءا (١) . وأما صاحب العقار ، فلأن هناك احتمالا أن يكون مالك الكنز هو أحد أجداده إذا كان يملك العقار من مدة طويلة ، وإلا فهناك احتمال آخر أنه كان يعثر على الكنز وهو موجود في عقاره لو لم يسبقه من عثر على الكنز فعلا . وفي الحالة الثانية ، إذا عثر على الكنز مالك العقار نفسه فتملكه كله ، فهو يتمتع به لا بحكم الالتصاق فهذه ليست حالة من حالاته ، ولا بحكم الاستيلاء فالكنز لا يصح أن يكون محلا للاستيلاء كما قدمنا ، ولكن بحكم القانون (٢) . فقد رأى المشرع الفرنسي أن صاحب الشأن في الكنز هو صاحب العقار وحده ، فهو الذي يملك العقار ، وهو الذي عثر على الكنز ، ومن ثم لا يوجد أحد يزاحمه فكان له الكنز كله (٣) .

وأما القانون المصري فقد أغفل جانب من عثر على الكنز أصلا ، فلم يجعل له أى نصيب في الكنز . وقد يفسر ذلك بأن من عثر على الكنز إما أن يكون قد عثر عليه مصادفة ، أو بناء على تكليف المالك إياه بالبحث . فإن عثر عليه مصادفة ، فليس له فضل في العثور عليه ولا يستحق شيئا من أجل ذلك ، وهو لا يستطيع أن يملك الكنز بالاستيلاء إذ الكنز لا يصح أن يكون محلا للاستيلاء كما قدمنا . وإن عثر عليه بناء على تكليف

(١) ويكنى للعثور على الكنز أن يكشف عنه الشخص ولولم يستحوذ عليه ، بل ولو كشف عن بعض الكنز لا عنه كله ، ولولم يكن قد أدرك لأول وهلة أن الذي كشف عنه هو كنز (ديمولومب ١٣ فقرة ٥٤ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤١ - مارتى ورينو فقرة ٤١٦ ص ٤٠٩) . ولو أن طائفة من العمال كانوا يحفرون معاً ، وكشف أحدهم عن كنز وهو يحفر ، لا يعتبر أنه هو وحده الذي عثر على الكنز (ديمولومب ١٣ فقرة ٥٥ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤١ - كولان وكابيتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١١٣٤ ص ٩٢٣) .

(٢) أنظر عكس ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٦ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٣٣٦٤ .

(٣) أو قل إن مالك العقار يملك نصف الكنز باعتبار أنه هو الذي عثر عليه ، ويملك النصف الآخر باعتبار أنه هو مالك العقار ، وهو يملك كلا من النصفين بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء ولا بحكم الالتصاق .

المالك إياه بالبحث ، فهو إنما كان يعمل لحساب المالك ، ومن ثم لا يكون له حق في الكنز ، والمالك يجزيه طبقاً لما عسى أن يكون قد تم بينهما من اتفاق ، أو يرجع هو على المالك بدعوى الإثراء بلا سبب (١) .

وما دام القانون المصري قد أغفل جانب من عثر على الكنز ، فلا يبقى أمامه إلا مالك العقار الذي وجد فيه الكنز . وعلى ذلك جعل القانون المصري الكنز كله لهذا المالك ، سواء كان هو الذي عثر على الكنز أو كان شخص آخر هو الذي عثر عليه . فإذا كان هو الذي عثر على الكنز فإنه يملكه ، لا لأنه هو الذي عثر عليه فقد قدمنا أن من عثر على الكنز لا حق له فيه ، ولا لأنه تملك الكنز بالاستيلاء فقد قدمنا أن الكنز لا يصح أن يكون محلاً للاستيلاء . وإنما يملكه بحكم القانون وحده (٢) ، فقد رأى المشرع المصري أنه ما دام لا يوجد أحد يستطيع أن يثبت ملكيته للكنز فأولى الناس بالكنز هو صاحب العقار ، فقد وجد الكنز في عقاره ولا يستطيع أحد أن يدعى على الكنز حقاً أقوى من حقه . وإذا كان غير المالك هو الذي عثر على الكنز ، فإن الكنز كله يكون مع ذلك للمالك وحده . فمن عثر على الكنز ، مصادفة أو بعد بحث ، لا يكون له حق في الكنز على الوجه الذي بسطناه . ولا يبقى إذن إلا صاحب العقار يملك الكنز

(١) أما في القانون الفرنسي حيث يكون لمن عثر على الكنز نصفه كما قدمنا ، فيصح أن أن يكون هذا الأخير قد بحث عن الكنز وبذل جهوداً في ذلك . فإن كان ذلك بتكليف من المالك ، فإنه يكون قد عمل لحسابه ، ولبس له حق في الكنز . وإن فعل ذلك بغير تكليف من المالك ، فإنه يكون متعدياً إذ بحث في أرض المالك دون إذنه ، فأولى ألا يكون له حق في الكنز . ولكن يقع أن يكون قد بحث دون تكليف من المالك ولكن على وجه مشروع ، كأن يكون صاحب حق انتفاع في الأرض أو يكون مستأجراً لها . ويذهب بعض الفقهاء إلى إعطائه في هذه الحالة الحق في نصف الكنز لأنه لم يكن يعمل لحساب المالك ، وهو أولى بنصف الكنز من شخص عثر عليه مصادفة دون بحث حيث يكون له النصف بحكم القانون (أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٨) .

وأما في مصر ، فصاحب حق الانتفاع أو المستأجر ، إذا عثر على كنز مصادفة أو بعد بحث ، فليس له أي حق فيه ، والكنز كله للمالك الرقبة ، وذلك بصريح النص (م ٨٧٢/١ مدني) . (٢) إسماعيل غام ص ٤٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٤ ص ٣٥٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١١ ص ٢٧٩ - ص ٢٨٠ .

كله وحده ، ولا يأخذ من عثر على الكنز شيئاً إلا ما يتبرع به له المالك ، أو ما يتفق معه عليه ، أو ما تخوله له دعوى الإثراء بلا سبب (١) .

وإذا كان على العقار حق انتفاع لشخص أو حق حكر أو كان لها مستأجر ، وعثر شخص على كنز في العقار ، فإن الكنز لا يكون لصاحب حق الانتفاع ولا للمحتكر ولا للمستأجر ، لأن الكنز لا يعتبر ثماراً حتى يملكها هؤلاء (٢) . ويكون الكنز كله للمالك الرقبة في حالة صاحب

(١) ومالك العقار الذي يكون له الكنز هو المالك وقت العثور على الكنز . فلو أن قاصراً باع أرضاً بشمن ليس فيه غبن ، وفي اليوم التالي للبيع عثر المشتري على كنز في الأرض ، فهو له لا للبائع القاصر . ولا يستطيع البائع القاصر أن يتمسك بأن هناك غبناً في البيع ، فهو لم يبع إلا الأرض ولم يبع الكنز ، وليس هناك غبن فيما يتعلق ببيع الأرض (بودرى وقال في الموارد ١ فقرة ٦٢ - Jacquez ص ١٠٢ - ص ١٠٣ - أنسيكلوبيدى دالوز ه لفظ Trésor فقرة ٣١ - أنظر عكس ذلك باريس ٢٧ أبريل سنة ١٨٦٨ صريه ٦٨ - ٢ - ١٤١) .

وإذا باع المالك الأرض وعثر المشتري على كنز فيها ، ثم أبطل البيع أو فسخ ، فهناك رأى يذهب إلى أن الأثر الرجعى للإبطال أو للفسخ يجعل الأرض لم تخرج أصلاً عن ملكية البائع ، فكان هو المالك وقت العثور على الكنز ، ومن ثم يكون الكنز له (ديمولومب ١٣ فقرة ٤٦ مكررة - بودرى وقال في الموارد ١ فقرة ٦٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ١٦) . والأولى عدم إعمال الأثر الرجعى - وهو مجرد مجاز قانونى - إلى هذا الحد ، والتسليم بأن المالك فعلاً وقت العثور على الكنز كان هو المشتري لا البائع ، فيكون له الكنز (أنظر في هذا المعنى Jacquez ص ١٠٣ - أنسيكلوبيدى دالوز ه لفظ Trésor فقرة ٣٢ : يكون للمشتري في هذه الحالة ، طبقاً لأحكام القانون الفرنسى ، نصف الكنز باعتبار أنه هو المالك والنصف الآخر باعتبار أنه هو الذى عثر على الكنز) .

(٢) فهو شيء مستقل عن العقار ، لا هو من ثماره ولا هو من متجانه (بودرى وقال في الموارد ١ فقرة ٦٣ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٦٤ - أنسيكلوبيدى دالوز ه لفظ Trésor فقرة ٢٣) . وينبنى على ذلك أنه إذا كان العقار الذى عثر فيه على الكنز مرهوناً ، لم يمتد الرهن إلى الكنز لأنه لا يعتبر من ملحقات العقار المرهون (بودرى وقال في الموارد ١ فقرة ٦٤ - وقارن شفيق شحاته فقرة ٧٦ - فقرة ٢٠٥ ويعتبر الكنز من ملحقات العقار - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٧ ص ٢٧ وفقرة ١٨ ص ٢٧ - ص ٢٨ و ص ٢٩ ويعتبر الكنز من توابع العقار وملحقاته - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٧٥ ص ٤١٨ ويعتبر الكنز تابعاً للعقار - حسن كيرة ص ٨٣) - وإذا باع شخص بناء على أن يهدم المشتري هذا البناء ويأخذه أنقاضاً وتبقى الأرض للبائع ، ثم وجد كنز في البناء ، فالكنز للبائع صاحب الأرض لا للمشتري صاحب البناء (ديمولومب ١٣ فقرة ٤٨ - لوران ٨ فقرة ٤٤٨ - كولان وكابيتان ودى لا موراندير ١ فقرة ١١٣٤ ص ٩٢٤ - عكس ذلك بودرى وقال في الموارد ١ فقرة ٦١) .

حق الانتفاع ، أو للمحكر في حالة صانخب بحق المحكر ، أو للمالك في حالة المستأجر . ونصن التفتين المدينى صريح فى هذا المعنى ، إذ تقولى للمادة ٨٧٢ / ١ مدينى سالفه الذكر : « الكنز ... يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته » . ويسرى هذا الحكم ، ويكون الكنز كله لمالك الرقبة أو للمحكر أو للمالك ، حتى لو كان من عثر على الكنز ، مصادقة أو بعد بحث ، هو صاحب حق الانتفاع أو المحكر أو المستأجر (١) ، فقد قدمنا أن العثور على الكنز لا ينحول من عثر عليه ، فى القانون المصرى ، أى حق فى الكنز .

وإذا كان العقار الذى عثر فيه على الكنز عيناً موقوفة (٢) لا مالك لها ، فالكنز يكون لمن كان مالكا للعقار عند وقفه ، وهذا المالك لا بد أن يكون هو الواقف ، وهو لا يمكن أن يكون قد وقف الكنز ، فبقى على ملكه . ومن ثم يكون الكنز كله للواقف إذا كان لا يزال حياً ، أو لورثته إذا كان قد مات (٣) .

وإذا كان العقار ملكاً للدولة ، سواء كانت ملكيتها للعقار ملكية عامة أو ملكية خاصة بما فى ذلك ملكية الأراضي غير المزروعة والأراضي الصحراوية ، فالكنز يكون هنا أيضاً للمالك ، ومن ثم يكون الكنز كله للدولة (٤) .

(١) أو كان حائزاً للعقار حتى لو كان حسن النية (بودرى وقال فى المواريث ١ فقرة ٥٧ ص ٤٥) .

(٢) والوقف هنا يكون وقفاً خيرياً بعد أن ألغى الوقف الأهلى .

(٣) استئناف وطنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٢٥ ص ٥٢ - مصر استئنافى ٥ مارس سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٨ ص ١١٥ .

(٤) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ١٢ - شفيق شحاتة فقرة ٢٠٦ - وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٨٧٢ مدينى يجعل الكنز الذى يعثر عليه فى أرض لا مالك لها ملكاً لمن عثر على الكنز ، فحذف هذا الحكم فى لجنة المراجعة (أنظر آنفاً ص ٢٨ هامش ٣ - وانظر عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٤٤ ص ٣٥٢ هامش ١) . وهناك رأى يذهب إلى أن الجبال والمغاور لا تعتبر ملكاً للدولة ، فن عثر على كنز فى مغارة أو كهف فى الجبل أو فى الصحراء البعيدة عن العمران ، فإنه يتملكه بالاستيلاء ، ولا يكون الكنز ملكاً للدولة (محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨ ص ٢٨) . ويلاحظ ، إلى جانب أن الكنز لا يصح أن يكون محلاً للاستيلاء ، أن الجبال والمغاور والكهوف والصحراء البعيدة عن العمران شأنها جميعاً شأن الأراضي غير المزروعة وسائر الأراضي الصحراوية ، فملوكة كلها للدولة ، فالكنز الذى يعثر عليه فيها يكون ملكاً للدولة .

وإذا عثر على الكنز في منقول ، كان الكنز لمالك هذا المنقول ، سواء كان مالكا للعقار الذي يوجد فيه المنقول أو لم يكن مالكا له (١) .

وقد فرضنا في كل ما تقدم أنه لا يوجد أحد يستطيع أن يثبت ملكيته للكنز ، ولذلك أعطى الكنز لمالك العقار الذي وجد فيه . فإذا وقع أن ظهر مالك الكنز بعد ذلك ، واستطاع أن يثبت ملكيته له (٢) ، فإنه يستطيع أن يسترده من تحت يد مالك العقار بدعوى الاستحقاق ، طبقا للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن . ولا يسقط حق مالك الكنز بالتقدم المسقط ، فإن دعوى الاستحقاق ولو في المنقول لا تسقط بالتقدم . وهناك رأى ينهب إلى أن مالك العقار الذي وجد فيه الكنز يكون قد حاز الكنز وهو منقول بحسن نية معتقدا أنه قد أصبح مالكا له ، ومن ثم تسرى القاعدة التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، ولكن الكنز يعتبر في حكم المفقود فيكون لمالكه حق استرداده في خلال ثلاث سنوات من وقت فقده أى من وقت حيازة مالك العقار للكنز (٣) . ولكن الرأى الراجح هو أن مالك العقار الذي حاز الكنز لا يمكن أن تكون حيازته بحسن نية لأنه يعلم أو ينبغي أن يعلم أن للكنز مالكا من حقه أن

(١) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٤ ص ٤٥١ .

(٢) ويجوز له الإثبات بجميع الطرق ، وتدخل في ذلك البينة والقرائن (ديمولومب ١٣ فقرة ٣٩ - أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤٣) . كما يجوز للورثة المتعاقبين لمالك الكنز أن يثبتوا أن الكنز كان ملكاً لمورثهم دفعه أو خبأه منذ زمن طويل ، وقد ألت إليهم ملكيته بطريق التوارث على التعاقب . ولكن لا يكتفى في فرنسا حيث لمن عثر على الكنز نصفه أن يثبتوا أن ملكية العقار الذي عثر فيه على الكنز قد ألت إليهم بطريق التوارث ، بل يجب أن يثبتوا ، ليستأثرو بكل الكنز ، أن الكنز نفسه كان مملوكاً لمورثهم وأنه هو أيضاً العقار الذي عثر عليه فيه آل إليهم بطريق التوارث أو الوصية (باريس ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥١ - ١٤٤ - نقض فرنسي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٥٥ دالوز ١٩٥٦ . Sonm. ٢٧ - وقارن السين أول يونيه سنة ١٩٤٩ دالوز ١٩٤٩ - ٣٥٠ . وكل هذه الأحكام صدرت في قضية شهيرة عرفت بقضية كنز شارع Mouffetaud : مازو ٢ فقرة ١٥٨٢ ص ١٢٦٠ - مارتى ورينو فقرة ٤١٦ ص ٤٠٧ - كاربونيه ص ٢٧٦ - أنسيكلويدى دالوز ٥ لفظ Trésor فقرة ١١) .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٦ .

يسترده ، هذا إلى أنه ليس لديه سبب صحيح (فيما يتعلق بالقانون المصرى) .
ومن ثم يكون لمالك الكنز أن يسترده من مالك العقار فى أى وقت ،
لا فى خلال ثلاث سنوات فقط ، هذا ما لم يملك مالك العقار الكنز
بالتقادم الطويل (١) . أما إذا باع مالك العقار الكنز لمشتري حسن النية
فإن المشتري يملكه بالحيازة ، ولا يستطيع مالك الكنز أن يسترده حتى
فى خلال ثلاث سنوات لأن الكنز لا يعتبر مفقودا ولا مسروقا (٢) .

١٢ - اللقطة (الأشياء الضائعة) : رأينا أن المادة ٨٧٣ مدنى

تنص على أن « الحق فى .. اللقطة .. تنظمه لوائح خاصة » (٣) . واللقطة
هى الشئ الضائع يفقده صاحبه ولا يعثر عليه ، فيعثر عليه شخص آخر
ويلتقطه . وقد قدمنا (٤) أنه يجب التمييز بين اللقطة والأشياء المروكة ،
فاللقطة ضاعت من صاحبها ففقد حيازتها المادية ولكنه لم يتخل عن ملكيتها
فبقى مالكا لها ولا تكون محلا للاستيلاء ، أما الأشياء المروكة فقد تخلى
صاحبها عن حيازتها وعن ملكيتها معا فأصبحت غير مملوكة لأحد .
والقرائن تميز بين اللقطة والأشياء المروكة . فإذا وجد شخص فى قطار
بقايا طعام وزجاجات فارغة ، كان من حقه أن يفترض أن هذه أشياء
مروكة تخلى عنها أصحابها ، بعد أن أصابوا من الطعام كفايتهم وبعد
أن شربوا ما كانت الزجاجات الفارغة تحتويه ، فتسرى أحكام الأشياء
المروكة ويجوز تملكها بالاستيلاء . أما إذا وجد فى القطار حقيبة تدل
الظواهر على أنها لمسافر نسيها ، فإن القرائن تدل فى هذه الحالة على أن
الحقيبة ليست شيئا متروكا ولم يتخل صاحبها عن ملكيتها ، ومن ثم تسرى

(١) بودرى وفال فى المواريث ١ فقرة ٤٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٨ - محمد
على عرفة ٢ فقرة ١٧ ص ٢٦ - ص ٢٧ - وقرب أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤٤
هامش ٣٩ .

(٢) بودرى وفال فى المواريث ١ فقرة ٤٤ ص ٣٧ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة
٨ ص ١٢ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٨ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ١٠ .

عليها أحكام الأشياء الغنائة ويكون الاستيلاء عليها بنية تملكها في حكم
المنزقة (١) .

كذلك يجب التمييز بين اللقطة والكنز . فهما يتفقان في أن كلا منهما
لم يتخل صاحبه عن ملكيته ، فلا يعتبر شيئا لا مالك له ولا يكون محلا
للاستيلاء (٢) . ويتفقان كذلك في أن كلا منهما ، ولو أن له مالكا ،
إلا أن هذا المالك وقت العثور على الشيء غير معروف . ولكنهما يختلفان
في أن اللقطة منقول ظاهر أمام الناس ، فهو إما ملقى على قارعة الطريق ،
أو باد للعيان فوق رف أو على درج ، أو باق في مكانه الظاهر في قطار
أو في سيارة للأجرة أو نحو ذلك . أما الكنز فقد قدمنا أنه منقول غير
ظاهر للعيان ، فهو إما مدفون أو مخبوء . ويغلب أن يكون الكنز شيئا
ثميناً ، ولذلك دفن أو خبيء . أما اللقطة فيحتمل أن تكون محدودة القيمة ،
ولكن يحتمل أيضاً أن تكون ذات قيمة كبيرة كمجوهرات أو مقدار
كبير من النقود . ويغلب من الناحية العملية ألا يعرف المالك الحقيقي
للكنز أبداً ، إذ يكون قد دفن اكنز أو خبأه منذ مدة طويلة ولا يعرف
ذووه مكانه . أما اللقطة فاحتمال التعرف على صاحبها أقرب ، إذ يكون
غالباً قد فقدتها منذ مدة قريبة ولم ينقطع عن السؤال والبحث عنها .

ولا يتحقق ضياع الشيء من مالكة إلا إذا خرج من حوزته تماماً .
ولم تعد له سيطرة عليه . فمحافظة النقود التي ينساها صاحبها في منزله لا تكون
لقطة . فإذا عثر عليها أحد الخدم وجب عليه إرجاعها لمخدومه ولا حق
له في العشر .

ويخلص مما تقدم أن اللقطة منقول له مالك (٣) . ولذلك لا يصلح
أن يكون محلاً للاستيلاء كما سبق القول . وإنما عولجت هذه المسألة
بين مسائل الاستيلاء ، لأن اللقطة وإن كان لها مالك إلا أن هذا المالك

(١) محمد علي عرفة ٣ فقرة ١٦ ص ٢٣ .

(٢) ولكن اللقطة قد ضاعت من صاحبها فلم يعد يعرف أين توجد ، أما الكنز فإن
صاحبه يعرف بدهاء المكان الذي دفنه فيه أو خبأه .

(٣) قارن بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٢٤٤ وفقرة ٣٣٥١ .

غير معروف ، فهي تقرب من المفقول الذي ليس له مالك . وهنا هو نفس التبرير الذي قدمناه في معالجة مسألة الكنز بين مسائل الاستيلاء (١) .

ولما كانت اللقطة لا تصلح أن تكون محلا للاستيلاء لأن لها مالكا ، لذلك لا تسرى عليها أحكام الاستيلاء . فمن عثر عليها وأحضرها بنية تملكها لا يملكها ، بل يعتبر في حكم السارق لأنه يعلم أنها لقطة لها مالك (٢) .

وقد رأينا أن المادة ٨٧٣ مدني تقضي بأن الحق في اللقطة تنظمه لوائح خاصة . وقد صدرت فعلا لوائح كثيرة وأوامر إدارية تحدد المدة التي تحفظ في خلالها الأشياء الضائعة . وتنظم كيفية التصرف في هذه الأشياء بعد انقضاء هذه المدة ، وحفظ ثمنها لحساب المالك ، ومتى توول هذه المبالغ للدولة إذا لم يتقدم أصحاب الأشياء الضائعة لتسلمها .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١١ .

(٢) وفي فرنسا توجد قوانين قديمة تنظم ملكية الأشياء الضائعة في البحر (épaves maritimes) وفي الأنهار (épaves fluviales) وغير ذلك من الأشياء الضائعة (épaves terrestres) . كما توجد قوانين ومراسم تنظم حالات خاصة ، من ذلك الأشياء التي تودع أقلام المحاكم والضائع التي تترك في الجمارك والمنقولات التي يعهد بها إلى أمناء النقل والمبالغ التي تدفع لمصلحة البريد والأمتعة التي تترك في الفنادق وغير ذلك . وتوجد أيضاً لوائح تنظم ملكية الأشياء الضائعة في معظم المدن الفرنسية . وتقضي هذه القوانين واللوائح بوجه عام ، في غير الأشياء الضائعة في البحر وفي الأنهار التي توول ملكيتها للدولة ، بأن من يعثر على شيء ضائع يجب عليه التبليغ عنه وإيداعه ، وإلا عُد في حكم السارق (نقض فرنسي جنائي ٣ يناير سنة ١٨٦٢ دالوز ٦٢ - ١ - ٤٤٢ - جارسون في التعليقات على التفتين الجنائي جزء أول فقرة ٤١٧ وما بعدها ص ١١٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦١٦ ص ٦٢٣) . فإذا لم يعرف صاحب الشيء الضائع في مدة معينة ، أعطى الشيء لمن عثر عليه . ولكن من عثر على الشيء الضائع لا يملكه بالاستيلاء ، لأن له مالكا وإن كان غير معروف ، فلا يصلح أن يكون محلا للاستيلاء . وإنما يملكه بالتقادم الطويل إذا كان لم يبلغ وعنه لم يودعه ، بل حبسه عنده واستمر حائزاً له . فهو إذا كان في هذه الحالة يعد في حكم السارق ، فإن هذا لا يمنع من تملكه الشيء الضائع إذ أن السارق يملك الشيء المسروق بالتقادم الطويل (بودري وتيسيه طبعة رابعة فقرة ٨٨٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦١٦ ص ٦٢٣) . أما إذا كان من عثر على الشيء الضائع قد بلغ عنه وأودعه ثم رد إليه بعد انقضاء المدة المحددة ، فإنه يكون في حكم الحائز للمفقول بحسن نية ، ولما كان المنقول ضائعا فإن المالك يستطيع أن يسترده في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦١٥ وفقرة ٦١٦ ص ٦٢٣) .

ونقف من هذه التشريعات عند الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ ، فهو أهمها وأكثرها شمولاً . ويقضى بأن من يعثر على شيء أو حيوان ضائع يجب عليه أن يبلغ عنه أمام أقرب نقطة للشرطة فى المدن وأمام العمدة فى القرى ، وأن يسلمه . فإذا لم يطالب به مالكة ، بيع الشيء فى خلال سنة من تسليمه ، أو الحيوان فى خلال عشرة أيام ، فى المزاد العلنى ، بواسطة الإدارة . ويصح تقصير الميعاد الذى يتم فيه البيع^(١) ، إذا كان الشيء الضائع يخشى عليه من التلف . ويكون لمن عثر على الشيء الضائع عشر الثمن ، يملكه لا بحكم الاستيلاء فإن الشيء الضائع لا يكون محلاً للاستيلاء كما قدمنا ، بل بحكم القانون (١) . وتحفظ الإدارة بباقي الثمن لحساب المالك مدة ثلاث سنوات ، فإذا لم يتقدم المالك فى خلال هذه المدة لتسلمه ، فإنه يؤول إلى الدولة . وإذا آل الثمن إلى الدولة بعد ثلاث سنوات ، فإنما يكون ذلك أيضاً بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء . ولا يصح أن يقال إن مدة ثلاث السنوات هذه هى المدة التى لا يستطيع بعد انقضائها مالك الشيء الضائع استرداده من الحائز حسن النية ، فإن الإدارة تعلم أن الثمن ناتج من بيع شيء غير مملوك للدولة ، فلا يسرى هذا الحكم عاياً .

أما إذا احتفظ من عثر على الشيء الضائع به ولم يبلغ عنه ولم يسلمه ، فى خلال ثلاثة أيام فى المدن وثمانية أيام فى القرى ، فإن تشريع سنة ١٨٩٨ يقضى بحرمانه من حقه فى العشر ، وبعقوبته بغرامة لا تزيد على مائة قرش . وهذا الجزاء إنما هو جزاء على عدم التبليغ عن الشيء الضائع وعدم تسليمه فى الميعاد . لكن إذا ثبت أن من عثر على الشيء الضائع قد احتفظ به بنية تملكه ، سواء كانت هذه النية معاصرة لوقت عثوره على الشيء أو جددت بعد ذلك ، فإنه يكون فى حكم السارق . وبهذا يقضى الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ والسابق الإشارة

(١) أنظر قريباً من هذا المعنى كولان وكايتان ودى لا موراندير ١ فقرة ١١٣٦ .

إليه ، فإن المادة الأولى منه تقضى بأن من عثر على الشيء أو الحيوان الضائع ، إذا كان قد حبسه وكان الحبس مصحوباً بنية امتلاكه بطريق الغش ، تقام عليه الدعوى الجنائية المقررة لمثل هذه الحالة (١) . وهذا لا يمنع من أنه إذا عثر شخص على شيء ضائع واحتفظ به بنية تملكه ، وظل حائزاً له مدة خمس عشرة سنة ، فإنه يتمتع بالتقادم الطويل (٢) . فإذا لم تتكامل مدة التتادم ، جاز للمالك الشيء الضائع أن يسترده من تحت يد من عثر عليه . ولا يستطيع هذا الأخير أن يدفع بسقوط دعوى الاسترداد بانقضاء ثلاث سنوات من وقت ضياع الشيء (م ٩٧٧ مدني) ، فذلك لا يجوز إلا إذا كان حائز المنقول حسن النية ولديه سبب صحيح . وهنا حسن النية منتف فإن من عثر على الشيء يعلم أنه غير مملوك له (٣) ، وكذلك واقعة العثور على الشيء الضائع لا تعتبر سبباً صحيحاً . ولكن إذا باعت جهة الإدارة الشيء الضائع بالمزاد العلني بعد سنة من تسليمه ،

(١) وقد قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأنه لا يشترط في جريمة تملك الشيء الضائع أن تكون نية التملك معاصرة للعثور على الشيء ، وإنما يصح أن تنشأ بعد ذلك فتوافر بها أركان الجريمة (نقض جنائي ١٠ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر الجنائية ٥ رقم ٢٠٤ ص ٣٩٥) . وقضت أيضاً بأن جريمة اختلاس الشيء الضائع تتحقق ولو لم تكن المدة المحددة للتسليم أو التبليغ قد مضت ، متى وضعت نية التملك (نقض جنائي ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٠ التشريع والقضاء ٤ رقم ٩٥ ص ١١١) . وانظر دائرة النقض في محكمة الاستئناف ٢٦ يونيو سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٢ ص ٩٩ .

(٢) وإذا كانت الحيازة عرضية ، كما إذا ترك النزول بعض أمتعته في الفندق فيكون صاحب الفندق مودعاً عنده ويكون ملتزماً بموجب عقد الوديعة برد الشيء المودع إلى صاحبه ، فإن هذه الحيازة لا تصلح أساساً للملك بالتقادم . ولكن يستطيع صاحب الفندق أن يتمسك بالتقادم المسقط ، إذا انقضت خمس عشرة سنة دون أن يطالب مالك الأمتعة برد أمتعته ، فإن التزام صاحب الفندق بالرد يكون قد سقط بالتقادم (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤٧ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٩ ص ٣١ - وقارن كولان وكابيتان ودي لامورانديير ١ ص ٨٨٥) . ولكن الذي يسقط هنا هي الدعوى الشخصية بالرد ، لا دعوى الاستحقاق فإن هذه الدعوى الأخيرة لا تسقط بالتقادم .

(٣) بودري وتيسيه طبعة رابعة فقرة ٨٨٥ - بلا نيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦١٦ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١١٣٨ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٩ ص ٣١ - وقرب أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص ٣٤٧ هامش ٤٩ .

إن من رسا عليه المزايد يستطيع أن يدفع دعوى استرداد المالك بانقضاء ثلاث سنوات من وقت الضياع . فإذا لم تنقض هذه المدة كان للمالك أن يسترد الشيء الضائع على أن يرد الثمن لمن رسا عليه المزايد ، ويرجع المالك على جهة الإدارة بباقي الثمن الذى أودع لحسابه بعد استئصال العشر الذى دفع مكافأة لمن عثر على الشيء الضائع (١).

١٣ - الأشياء الأثرية : وتنص المادة ٨٧٣ مدنى أيضا ، كما رأينا (٢) ، على أن « الحق فى . . . الأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة » . وكان ينظم الآثار القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ الخاص بالآثار والقانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ الخاص بحماية آثار العصر العربى . ثم ألغى هذان القانونان وحل محلهما القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ ، وهو القانون الذى ينظم الآثار الآن فى مصر . وبموجب هذا القانون الأخير يعتبر أثرا كل عقار أو منقول أظهرته أو أحدثته الفنون والعلوم والآداب والأديان والأخلاق وغيرها فى عصر ما قبل التاريخ وفى العصور التالية إلى نهاية عصر إسماعيل ، ويعتبر كذلك كل عقار أو منقول يكتشف فى مصر لحضارة أجنبية كان لها اتصال بمصر فى عصر من العصور المشار إليها . كما أنه يعتبر أثرا كل عقار أو منقول يقرر مجلس الوزراء أن للدولة مصلحة قومية فى حفظه وصيانته ، حتى لو كان يرجع إلى عهد بعد عصر إسماعيل ، بشرط أن يتم تسجيله طبقا للأوضاع التى ينص عليها قانون الآثار . ويعتبر فى حكم الآثار الأراضى المملوكة للدولة التى اعتبرت أثرية بمقتضى أوامر أو قرارات

(١) وكذلك إذا باع المنقول من عثر عليه لمشتري حسن النية ، فإن حق المالك فى استرداد المنقول يسقط بثلاث سنوات ، وإذا استرده فى خلال هذه المدة فقد يلتزم برد الثمن إذا وجد فى حالة من الحالات التى توجب ذلك .

ولا يعتبر شيئا ضائعا حيوان جامع ، فن يكبح جراح حيوان لا تسرى عليه أحكام الأشياء الضائعة ، ولا يأخذ عشر قيمة الحيوان ، وإنما يرجع بدعوى الفضالة على صاحب الحيوان . كذلك لا يعتبر شيئا ضائعا اللواجن والحيوانات الأليفة إذا ألفت الرجوع إلى المكان المخصص لها ، فن يستولى عليها فى فترة انطلاقها بنية تملكها أو يستدرج حمام الأبراج بطرق تدليسية ليستولى عليها بعد فى حكم السارق (محمد على عرفة ٢ فقرة ١٩ ص ٣٢) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٨ .

أو بمقتضى قرار يصدره وزير التربية والتعليم بعد الاتفاق مع وزير الاقتصاد ، وكذلك الأراضي المملوكة للأفراد التي تنزع الدولة ملكيتها لأهميتها الأثرية (١) .

ويتبين من ذلك أن الآثار قد تكون عقارا أو منقولا ، فهي بذلك تختلف عن الكنز واللقطة اللذين لا يكونان إلا منقولا . وتختلف عن اللقطة في أن الآثار تكون في أغلب الأحيان مدفونة أو مخبوءة في باطن الأرض ، أما اللقطة فتكون كما قدمنا منقولا ظاهرا أمام الناس . وإذا كانت الآثار تشترك مع الكنز في أن كلا منهما مدفون أو مخبوء ، إلا أن الآثار ليست فحسب شيئا له قيمة كالكنز ، بل هي فوق ذلك شيء من طبيعة خاصة ، فهي نتاج الحضارات المتعاقبة التي توالى على مصر أو الحضارات الأجنبية التي كان لها اتصال بمصر وتقتضى المصلحة القومية حفظه وصيانه . ويرى من ذلك أن الأصل في الآثار أن تكون أموالا لا مالك لها ، فهي مخلفات العصور الحالية وقد تركها أصحابها إلى غير مالك . ولكن لما كانت الآثار لها قيمة كبرى ، وأهمية بالغة من ناحية التاريخ والحضارة والمصلحة القومية . فإنها لذلك لا تترك سائبة بأخذها أول

(١) وتنص المادة ٢ من قانون الآثار على أنه «يعتبر في حكم الآثار الأراضي المملوكة للدولة التي اعتبرت أثرية بمقتضى أوامر أو قرارات ، أو بمقتضى قرار يصدره وزير المعارف العمومية بعد الاتفاق مع وزير الاقتصاد الوطنى» .

وقد قضت محكمة النقض بأن كل ورقة أو مخاطبة إدارية ليست قراراً من هذا القبيل لا يمكن - في علاقة الحكومة بالجمهور - أن تعتبر مغيرة لوصف الأرض ومخرجة لها من ملك الحكومة الخاص إلى ملكيتها العامة . وإذن فلا يكتفى لاعتبار الأرض أثرية غير ممكن اكتسابها بوضع اليد بمضى المدة ، لا مجرد صدور خطاب من مصلحة الآثار باعتبارها كذلك ، ولا وصفها بأنها أثرية في قوائم المساحة والتحديد (نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣١ ص ٦١١) . وقضت أيضاً بأن حكم المادة السادسة من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ الخاص بالآثار ليس مقصوراً على الأراضي التي تقرر الحكومة بعد صدوره أنها أثرية ، بل يتناول أيضاً - كما هو صريح نصها - الأراضي التي سبق أن قررت الحكومة ، أى مجلس الوزراء أو الوزير المنوط به تنفيذ قانون الآثار ، أن لها هذه الصفة . فالقرار الصادر من وزير الأشغال ، قبل صدور قانون الآثار ، باعتبار أرض معينة أرضاً أثرية يكتفى لينسحب عليها حكم المادة السادسة من هذا القانون ، ولو كان القرار المذكور غير مستند إلى قانون سابق (نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٤ ص ٤٤٠) .

من يستولى عليها تطبيقا لقواعد الاستيلاء ، فقد أخرجها القانون من هذا النطاق ، وقرر من القواعد ما يكفل حفظها وصيانتها حتى تنتقل إلى الأجيال اللاحقة كما وصلت إلينا من الأجيال السابقة . وجعلها القانون في الأصل من الأملاك العامة للدولة ، إلا ما نص على أن يكون ملكا خاصا^(١) . وعلى ذلك خرجت الآثار من أن تكون أموالا لا مالك لها إلى أموال لها مالك ، وهذا المالك هو الدولة في الأصل تملك الآثار ملكية عامة لا ملكية خاصة ، ويجوز أن يملك الأفراد بعض الآثار ملكية خاصة كما سيجيء . فالآثار إذن لا تكون محلا للاستيلاء ، كما لا يكون محلا للاستيلاء الكنز واللقطة فيما رأينا . وكل من يعثر مصادفة على أثر منقول أو عقارى على سطح الأرض أو فى باطنها لا يجوز له الاستيلاء عليه ، ويجب أن يبلغ عنه فى الحال وأن يحافظ عليه حتى تتسلمه الجهة المختصة ، وإلا اعتبر مستوليا على أثر بغير ترخيص ، ووقعت عليه العقوبة المنصوص فى المادة ٣٠ من قانون الآثار . أما إذا كان العثور على الأثر قد وقع فى أرض لم يتقرر أنها أثرية . ولو كانت هذه الأرض مملوكة لمن عثر على الأثر . فإن الأثر يبقى من الأملاك العامة ، ولمن يبلغ عنه أو يسلمه فى الحال إلى أقرب جهة إدارية أو موظف المصلحة المختصة مكافأة تقدرها لجنة خاصة يكون قرارها نهائيا وغير قابل للطعن أمام أية جهة أخرى .

وتنص المادة ٧ من قانون الآثار على أنه « لا يجوز للهيئات أو الأفراد الحفر بحثا عن الآثار ، ولو كانت الأرض مملوكة لهم ، إلا بترخيص يصدر بقرار من وزير المعارف العمومية ، بعد أخذ رأى المصلحة ، وبعد التحقق من توافر الضمانات العلمية والفنية والمالية وغيرها فيهم » .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الآثار ليست جميعها عامة ، بل إن منها ما أنشأه الأفراد أصلا وانتقل بالتوارث إلى من خلفهم مما لا وجه معه لعداها من المنافع العامة ، ومنها ما تملكه بوضع اليد عليه بعد زوال تخصيصه للمنافع العامة مما يعتبر من الآثار غير مملوكة للحكومة (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٨ ص ١٠٦) .

والآثار التي تعتبر من الأموال العامة ، وهذا هو الأصل فيها كما قلنا ، ترد عليها ، نظرا لصفها هذه ، القيود الآتية : (١) لا يجوز هدمها أو نقلها أو تجديدها أو ترميمها أو تغييرها على أى وجه كان بغير ترخيص سابق من وزير المعارف العمومية بعد موافقة لجنة تسجيل الآثار ، ويكون إجراء الأعمال المرخص بها تحت إشراف المصلحة المختصة التي يكون لها أن تباشر في أى وقت على نفقتها ما تراه من الأعمال لازما لصيانة الأثر . (٢) لا يجوز التصرف في الآثار (١) ، ولا الحجز عليها ، ولا ترتيب حقوق ارتفاع تعاقدية على العقار الذي به الأثر ، فلا يجوز فتح منافذ أو مطلات على مبان أو أسوار أو أرض أثرية ، بغير ترخيص من المصلحة المختصة ، وإلا كان لها حق اللجوء إلى القضاء المستعجل لإزالة ذلك على حساب المخالف ، كما لا يجوز المرور على هذه المباني أو الأسوار أو الأراضي . ويجوز أن ترتب حقوق ارتفاع قانونية (قيود قانونية) إذا كان لا ينشأ عنها ضرر للأثر ذاته . (ثالثا) لا يجوز كسب أى حق على الآثار بالتقادم . (رابعا) لا يجوز أن تنزع للمنفعة العامة ملكية الأراضي أو العقارات التي بها الأثر أو المتاخمة له ، إلا بعد موافقة وزير المعارف العمومية ولجنة تسجيل الآثار (٢) .

وقد حددت المادة ٢٢ من قانون الآثار ، على سبيل الحصر ، الآثار التي تعتبر مملوكة ملكية خاصة ، وهذه هي : (١) الآثار الموجودة وقت العمل بقانون الآثار في المجموعات الخاصة أو في حيازة تجار العاديات .

(١) ولا يجوز تملكها بأى سبب من أسباب كسب الملكية . وقد قضت محكمة النقض بأن التمثال الأثرى لا يجوز التبايع فيه ، بل يبعه وشرائه باطلان ، والحكومة أن تقاضى من يوجد هذا التمثال في حيازته مهما كانت جنسيته لتسرده منه بغير تعويض تدفعه له أو ثمن ترده إليه . وليس له أن يحتاج بنص المادة ٨٧ مدني (قديم) ، لأن المقرر قانوناً أن أحكام تملك المنقول بالحيازة لا ترد مطلقاً على الأملاك العامة (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٨ ص ٢١٥) .

(٢) ولا يجوز أخذ سباح أو أثرية أو غيرها من الأراضي أو الأماكن الأثرية ، إلا بترخيص من المصلحة المختصة وتحت إشرافها (م ١٢ من قانون الآثار) .

(٢) الآثار التي تعطى للمكتشف مكافأة له طبقاً لأحكام القانون . (٣) الآثار التي تعطى للحكومة بطريق البذل أو تصرف فيها بالبيع أو التنازل طبقاً للمادة ٥ من قانون الآثار التي تجيز تبادل الآثار المنقولة المكررة أو بيعها أو التنازل عنها . وذلك بقرار يصدره مجلس الوزراء بناء على طلب وزير المعارف وبعد موافقة المصلحة المختصة . (٤) الآثار المستوردة من الخارج لحساب المستورد ، كالتحف واللوحات الفنية التي ابتدعها فنانون الغرب في العصور الحالية . (٥) آثار العصر المسيحي وماتلاه من العصور إلى نهاية عصر إسماعيل التي توجد في ملك الأفراد ، ويكون قد تم تسجيلها وفقاً للأوضاع القانونية دون أن تنزع الدولة ملكيتها^(١) . (٦) الآثار التي تعرضها المتاحف للبيع مما تستغنى عنه .

هذا وقد أورد قانون الآثار قيوداً متعددة على الملكية الخاصة للآثار تقررت للمصلحة العامة ، وقد سبق بيانها عند الكلام في قيود الملكية الواردة للمصلحة العامة^(٢) .

١٤ - التركة التي لا وراثتها : إذا مات إنسان ولم يترك وارثاً .

ففي الشريعة الإسلامية توول تركته إلى بيت المال . وقد قدمنا ، عند الكلام في الأشياء الخاصة المملوكة للدولة^(٣) ، أن بيت المال تمثله

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأمر العالي الصادر في ١٨ ديسمبر سنة ١٨٨١ بإنشاء لجنة حفظ الآثار القديمة العربية قد بين على سبيل الحصر أعمال هذه اللجنة فيما نص عليه في المادة الثانية منه ، والمفهوم من هذا النص أن هذه الأعمال مقصورة على الآثار العامة . وليس في هذا النص ولا في باقي مواد الأمر العالي المذكور ما يفيد أن أعمال تلك اللجنة تتناول الآثار غير المملوكة للحكومة . فإذا حصل أن قامت اللجنة بتسجيل أثر من الآثار غير المملوكة للحكومة ، فإن هذا التسجيل لا يمكن أن يترتب عليه أي حق للحكومة قبل صاحب الأثر . أما القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ الخاص بحماية آثار العصر العربي ، فالمفهوم من نصوصه أنه يجب لتسجيل الأثر أن يصدر قرار بذلك من وزير المعارف ، وأن يعلن هذا القرار لصاحب العقار لكي يترتب عليه حق الارتفاق ، وليكون الإعلان مبدأً لمدة السنة المقررة لسقوط حق المطالبة بالتعويض . وإذا كان قرار التسجيل لم يعلن لصاحب العقار ، فلا يبدأ سقوط الحق في المطالبة (نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٨ ص ١٠٦) .

(٢) أنظر الوسيط جزء ٨ فقرة ٤٠٠ .

(٣) أنظر الوسيط جزء ٨ فقرة ٧٩ .

الآن خزانة الدولة ، فتكون الشركات التي لا وارث لها ملكا خاصا للدولة . وتؤول الشركة إلى الدولة ، لا باعتبارها شركة موروثة ، بل باعتبارها مالا لا مالك له (١) .

وكان مقتضى أن الشركة التي لا وارث لها تعتبر مالا غير مملوك لأحد ، أن أموال هذه الشركة يجوز تملكها بالاستيلاء ، شأنها في ذلك

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن وزارة المالية ، وإن كانت تمثل بيت المال ، لا تعتبر شرعاً وارثة . لأنه وإن نص شرعاً على أن بيت المال يأتي في الدرجة الأخيرة (العاشرة) من المستحقين للشركة ، فإن معنى ذلك أن بيت المال يكون أميناً بوضع المال تحت يده ليصرف في مصارفه الشرعية . فإن لم يوجد أحد من الورثة ، تودع الشركة في بيت المال على أنها مال ضائع فتصير لجميع المسلمين . وعلى كل حال فإن بيت المال لا يجوز هذه الشركة بطريق الإرث (استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٢١ ص ٢٣٣) . وقد قضت محكمة النقض بأن بيت المال الذي حلت محله وزارة المالية ، وإن عد في المادة ٥٨٤ من كتاب الأحوال الشخصية لقدرى باشا مستحقاً للشركات التي لا مستحق لها ، إلا أنه ليس معتبراً في نظر علماء الشريعة الإسلامية وارثاً . ولما كان إنكار الوراثة الذي يستدعي استصدار حكم شرعي يجب أن يصدر من وارث ضد آخر يدعي الوراثة (المواد ٣٥٥ - ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة في سنة ١٩٣١) ، ومتى ثبت أن بيت المال غير معتبر شرعاً وإرثاً ، فإنه لا يصلح خصماً في دعوى الوراثة ، ولا يجوز لوزارة المالية بالتالي إنكار الوراثة على أحد من يدعيها إنكاراً يستدعي استصدار حكم شرعي ، لأنها أمينة فقط على مال من لا وارث له . ويمكن لمن يدعي استحقاقه لمال تحت يدها إثبات وراثته للمتوفى عن ذلك المال بإعلام شرعي (نقض مدني ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٧ رقم ٥٥) . وانظر آنفاً في هذا المعنى نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٤٧ ص ١٠٨٣ - وانظر استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٣ - ٣ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٨٠ (لا تعتبر الشركة شاغرة يستحقها بيت المال إذا كان المورث قد أوصى لأشخاص مقيمين في الخارج) .

وانظر في النتائج التي تترتب على أن الدولة لا تعتبر وارثاً لمن لا وارث له الوسيط ٨ فقرة ٧٩ - ومن بين النتائج التي تترتب على أن الدولة لا تعتبر وارثاً أنها تستحق الشركة التي لا وارث لها الموجودة في مصر ، حتى لو كان صاحب الشركة أجنبياً غير مسلم (مستخلص من حكم استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٥٦) . ذلك لأن مال أهل الذمة الذين يتوفون بدار الإسلام عن غير مستحق له هو للدولة ، ولو كانت الدولة وارثاً لما ورثت من غير المسلم (الوسيط ٨ فقرة ٧٩ ص ١٥٨) .

شأن الأموال التي تصبح دون مالك بعد أن كان لها مالك من قبل . ولكن
 المشرع أخرج التركات التي لا وارث لها من نطاق الاستيلاء ، لأهميتها
 وتطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، وجعل ملكية هذه التركات للدولة :
 فتتملك الدولة ، بمجرد وفاة المالك دون وارث ، تركته ، وذلك قبل
 أن تضع بعدها على التركة ، لأنها تتملكها بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء .
 وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢
 بشأن التركات الشاغرة التي تتخلف عن المتوفين من غير وارث على ما يأتي :
 « توّول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بالجمهورية العربية
 المتحدة والتي يخلفها المتوفون من غير وارث ، أيا كانت جنسيتهم ،
 وذلك من تاريخ وفاتهم » (١) . وإذا ظهر وارث بعد ذلك ، أو أى
 شخص آخر له حق في التركة كدائن للمتوفى ، فإن له أن يرجع بحقه .
 ولكن هذه الحقوق كلها تسقط بالتقادم ، إذا انقضت خمس عشرة سنة
 من تاريخ الوفاة . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون
 سالف الذكر على أن « ينقضى كل حق يتعلق بالتركة ، ولو كان سببه
 الميراث ، بمضى خمس عشرة سنة تبدأ من تاريخ وفاة المورث ، أيا كان
 تاريخ علم ذوى الشأن بواقعة الوفاة ، ما لم يتخلل هذه المدة سبب من
 أسباب وقف التقادم أو انقطاعه » .

(١) ولا يوجد تشريع في شأن الأشخاص المعنوية التي تنحل دون أن يكون هناك من
 يرثها ويخلفها على أموالها . والواضح أن الشخص المعنوي إذا كان شركة تجارية أو مدنية ،
 فأصحاب الأسهم أو الحصص فيها هم الذين توّول إليهم أموال الشخص المعنوي . وإذا كان
 جمعية أو مؤسسة ، ولم يوجد في نظامها ما يبين لمن توّول أموالها ، حولت هذه الأموال ،
 وفقاً للمادة ٢/٦٨ مدني المحذوفة ، إلى الجمعية أو المؤسسة التي يكون غرضها هو الأقرب
 إلى غرض هذا الشخص المعنوي . أما في فرنسا فهناك نص عام يقضي بأن الأموال التي لا مالك
 لها تكون ملكاً للدولة (م ٧١٣ مدني فرنسي) ، ومن ثم يمكن القول بأن أموال الشخص المعنوي ،
 إذا لم يكن قد عين له خلف ، تكون ملكاً للدولة (كولان وكابيتان ودي لاموراندير ١ فقرة
 ١١٣٠ ص ٩٢١) .

وئصفي جميع عناصر التركة ، ويودع حاصل ثمنها بالخزانة العامة (١) لحساب التركة ، حتى تتقرر حقوق ذوى الشأن فيها أو تنتهى مدة سقوط هذه الحقوق بالتقادم وهى خمس عشرة سنة كما تقدم . وفى حالة ظهور مستحق للتركة ، يخصم من نصيبه رسم قدره ١٠٪ من إجمالى الإيراد نظير أعمال الإدارة و ٥٪ من إجمالى الثمن نظير نفقات التصفية ، كما يخصم سائر المصروفات الفعلية الأخرى (٢) .

المبحث الثانى

الاستيلاء على العقار

١٥ - نص قانونى : كانت المادة ٨٧٤ مدنى تنص على ما يأتى :

« ١ - الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكاً للدولة . »

« ٢ - ولا يجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقاً للوائح . »

« ٣ - إلا أنه إذا زرع مصرى أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير

(١) فوزارة الخزانة وحدها (أى الخزانة العامة) هى المختصة بذلك ، باعتبار أنها هى بيت المال . وقد قضت محكمة النقض بأن البطيريركية ليست جهة حكم ولا جهة لضبط مال من لم يظهر له وارث ، بل ذلك من خصائص وزارة المالية بصفتها بيت المال . فتصرف البطيريركية بتناول النقود وتسليم التركة إلى مطلق المتوفاة ، الذى لا يرثها بحال ، ليس له لذى الحق فيه ، هو تصرف غير مشروع من أساسه ، ولا يدخل إطلاقاً فى حدود سلطتها باعتبارها شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام ، وإذن فهى مسئولة عن هذا التصرف باعتبارها شخصاً معنوياً من أشخاص القانون الخاص (نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٧ رقم ٥٦) .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٧٩ فى الهامش .

ترخيص من الدولة . ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة السنة التالية للتملك» (١) .

وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها ، فنص في المادة ٨٦ منه على أن « تلغى الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدني ... » . وعلى ذلك تعتبر الفقرة الثالثة والأخيرة من النص سالف الذكر ملغاة ، ولا يبقى من النص قائماً إلا الفقرتان الأوليان .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٨٠ / ٥٧ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادتين ١٣٠٥ و ١٣٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في المادة ٨٧٤ من التقنين المدني الجديد . وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة من ثلاث فقرات ، ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٩٤٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٣ . وفى لجنة مجلس الشيوخ دار نقاش حول الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها والتى يعتبرها القانون ملكاً للدولة ، فقيل إن « هذه الأراضى يجوز تملكها بمجرد زراعتها أو البناء عليها ، بخلاف الأملاك الخاصة للدولة التى لا يمكن تملكها إلا بسبب من أسباب التملك فى القانون المدني وهى محصورة فى سجلات مصلحة الأملاك الأميرية ، وبخلاف أملاك الدولة العامة فهى غير قابلة للتملك بالتقادم أو التصرف فيها . فالأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها هى الاراضى الموات » . وقد وافقت لجنة مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٨٧٤ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٥ - ص ١٩٩) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٨٠ / ٥٧ : أما الأراضى غير المزروعة المملوكة شرعاً للميرى ، فلا يجوز وضع اليد عليها إلا باذن الحكومة ، ويكون أخذها بصفة أعبادية تطبيقاً للوائح - إنما كل من زرع أرضاً من الأراضى المذكورة ، أوبنى عليها ، أوغرس فيها غراساً ، يصير مالكاً لتلك الأرض ملكاً تاماً ، لكنه يسقط حقه فيها بعدم استعماله لها مدة خمس سنوات فى ظرف الخمس عشرة سنة التالية لأول وضع يده عليها . (وتتفق أحكام التقنين المدني السابق مع أحكام التقنين المدني الجديد ، فيما يتعلق بالفقرتين الأولى والثانية من نص التقنين المدني الجديد . أما فيما يتعلق بالفقرة الثالثة من هذا النص ، وهى التى حذفت بموجب القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وجوه الخلاف ما بينها وبين مايقابلها من نص التقنين المدني السابق فيما يأتى : (أ) أوجب المشروع أن يكون المستولى مصرى ، حتى لا يملك أجنبى أرضاً مصرية بهذا الطريق السهل . (ب) بين المشروع بوضوح أن الاستيلاء يترتب عليه -

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٣٢ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٧٨ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٠٥ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٣٤ - ٢٣٦ (١) .

التملك في الحال ، وأن الحصول على ترخيص ليس ضرورياً في الاستيلاء . وهاتان المسألتان مثار للخلاف في التقنين الحالي (السابق) وإن كان نص هذا التقنين لا يبرر هذا الخلاف ، فأراد المشروع أن يقضى على كل خلاف في هذا الصدد باستعماله ألفاظاً واضحة صريحة .

(ج) ذكر المشروع أن الخمس السنين التي يفقد المستولي الملكية بعلم استعمال الأرض في أثناءها ، يجب أن تكون سنين متواليات . فأصبح المستولي أقل تعرضاً لفقد ملكيته في المشروع منه في التقنين الحالي (السابق) الذي لا يشترط التوالى . ويكون في المشروع أن يستعمل المستولي الأرض سنة كل خمس سنوات حتى لا يتحقق الشرط الفاسخ للملكية ، فإذا لم يبق من الخمس عشرة سنة إلا أربع سنوات دون أن يتحقق الشرط الفاسخ ، أصبحت ملكيته باقية حتى قبل انقضاء الأربع السنوات الباقية لاستحالة تحقق الشرط الفاسخ » : مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ - ١٩٨) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٣٢ (مطابقة للفقرتين الأوليين من المادة ٨٧٤ مصرى . وفيما يتعلق بالفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مصرى المحذوفة أنظر ما يقابلها في المواد ٨٣٣ - ٨٣٥ سوري) .

التقنين المدني الليبي م ٨٧٨ (مطابقة للفقرتين الأوليين من المادة ٨٧٤ مصرى) .
التقنين المدني العراقي م ١١٠٥ : ١ - إذا ردم عراقى جزءاً من البحر باذن الحكومة ، ملك الجزء المردوم . لكن إذا حصل على الإذن ولم يتم الردم خلال ثلاث سنوات ، بطل الإذن . ويجوز لغيره أن يردم بعد أن يحصل على إذن لنفسه . ٢ - وإذا كان الردم بغير إذن الحكومة ، صار الجزء المردوم ملكاً خاصاً للدولة ، ويبيع للرادم ببدل المثل . فإن لم يقبل ، يبيع لمن ترسو عليه المزايدة ، وإذا كان الرادم قد أنشأ أبنية في الجزء المردوم ، فإنه لا يطالب إلا ببدل مثل الأرض دون الأبنية ، وإذا بيع العقار بالمزايدة أخذت الحكومة من ثمنه قيمة الأرض وأعطت الباقي للرادم.

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٣٤ : إن الإشغال يخول المشغل الأول ، بموجب رخصة قانونية من الدولة ، الحق في أن يكون مفضلاً على سواء لاكتساب حق التصرف بالعقارات الحالية .

م ٢٣٥ : إن صاحب حق الأفضلية الذي يثبت ، بعد انقضاء ثلاث سنوات ، أنه فلاح الأرض ، أو شيد فيها أبنية ، أو غرس فيها أغراساً ، أو قام باصلاحها ، وذلك ضمن الشروط المبينة في الأنظمة الخاصة المتعلقة بأموال الدولة ، يكتسب مجاناً حق تسجيل التصرف في القسم الذي فله أو غرسه أو بنى فيه أو أصلحه . بيد أنه يخسر حق التصرف إذا امتنع بعد التسجيل وفي أثناء العشر السنين التالية ، عن استعمال حقه مدة ثلاث سنوات متوالية .

م ٢٣٦ : لا يخول الإشغال اكتساب أى حق كان على عقار سجل في السجل العقارى أو موجود تحت إدارة أملاك الدولة ، ولا على الغابات والعقارات المتروكة المرفقة أو المحمية . (والفروق بين القانون اللبناني والتقنين المصرى واضحة) .

وبعد أن صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ يلغى الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني سالفه الذكر ، أصبح الاستيلاء على العقار غير ناجز . وقد رسم قانون سنة ١٩٦٤ . ومن قبله القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، طريقة تملك الأراضي الصحراوية .

وعلى ذلك نبهت المسائل الآتية : (١) تحديد الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها فتكون ملكا للدولة . (٢) عدم جواز الاستيلاء على العقار بعد صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . (٣) كيفية تملك الأراضي الصحراوية طبقا لأحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ثم طبقا لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . (٤) تملك الأراضي الصحراوية طبقا لأحكام الفقرة الثالثة المحذوفة من المادة ٨٧٤ مدني . (٥) حقوق الغير في الأراضي الصحراوية السابقة على القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ .

١٦ - تحديد الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها فتكون ملكا للدولة:

جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد تحديد هذه الأراضي ما يأتى : « يشمل المال المباح الأراضي غير المزروعة التي ليست ملكا عاما ولا ملكا خاصا ، وذلك كالصحارى والجبال والأراضي المتروكة . وتعتبر هذه الأراضي ملكا للدولة ، ولكنها مملوكة لها ملكية ضعيفة إذ يجوز الاستيلاء عليها » . (١) وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ينظم تنظيمًا شاملا العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة ، ويحدد أقسامها المختلفة ، فيعرض لتحديد الأراضي غير المزروعة المشار إليها فى المادة ٨٧٤ مدني . وقد سبق أن عرضنا لأهم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ - وانظر فى أن أراضي مريوط كانت تعتبر من الأراضي المباحة التي كان يمكن تملكها بتعميرها نقض مدني ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٥ رقم ٢٨ - وفى أن الأراضي التي كانت مملوكة أصلاً لشركة أراضي المدن والضواحي وتداولتها الأيدي لا تعتبر من الأراضي المباحة نقض مدني ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٥ رقم ٢٩ .

أحكام هذا القانون في صدد الكلام في الدوين الخاص للدولة (١) ، ونعود هنا لأحكام هذا القانون التي تتصل بالمادة ٨٧٤ مدني محل البحث .

فقد قسم قانون سنة ١٩٦٤ الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة أقساماً ثلاثة : الأراضي الزراعية ، والأراضي البور ، والأراضي الصحراوية . ويجب استبعاد الأراضي الزراعية والأراضي البور ، عند تحديد الأراضي غير المزروعة المشار إليها في المادة ٨٧٤ مدني . أما استبعاد الأراضي الزراعية فواضح ، فهي أراض مزروعة بالفعل ونحن في صدد تحديد أراض غير مزروعة . وكذلك تستبعد الأراضي البور وإن كانت تشترك في كثير من الأحكام مع الأراضي الصحراوية ، لأن المادة ٢ (حرف ب) من قانون سنة ١٩٦٤ تعرفها بأنها « الأراضي غير المزروعة الواقعة داخل الزمام والأراضي المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلو مترين » . فهي إذن في معظمها أراض واقعة داخل الزمام ، ويبدو أن المادة ٨٧٤ مدني لا تعرض للأراضي الواقعة داخل الزمام إذ أن هذه أراض لا يصدق عليها أنها « أراض لا مالك لها » قبل صدور قانون سنة ١٩٦٤ (٢) . فتبقى إذن الأراضي الصحراوية . وتعرفها المادة ٢ (حرف ح) من قانون سنة ١٩٦٤ بأنها « الأراضي الواقعة في المناطق المعتبرة خارج الزمام بعد مسافة الكيلو مترين المشار إليها في البندين السابقين » . ويبدو أنه ، بعد صدور قانون سنة ١٩٦٤ ، تكون العبرة في تحديد الأراضي المشار إليها في المادة ٨٧٤ مدني بما إذا كانت الأراضي واقعة داخل الزمام أو خارجه (٣) . فالأراضي الواقعة خارج الزمام بعد مسافة الكيلو مترين

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٨٩ - فقرة ٩٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه يبين من الإطلاع على الأمر العالي الصادر بتاريخ ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٩ أن نص المادة الثانية منه أخرج الأراضي الداخلة في زمام البلاد من نطاق الأراضي غير المزروعة التي يجوز تملكها بالاستيلاء . وحكم هذا النص لاشك أنه يجري سواء كانت وسيلة التملك هي الترخيص أو التعمير ، وبذلك لا ينصب التملك بالاستيلاء على الأراضي الداخلة في الزمام أياً كانت وسيلة التملك (نقض مدني ٤ يونيو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٩ ص ٤٦١) .

(٣) وهذا ما قضت به محكمة النقض حتى قبل صدور قانون سنة ١٩٦٤ : أنظر نقض مدني ٤ يونيو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٩ ص ٤٦١ السابق الإشارة إليه .

المشار إليها هي الأراضي التي تدخل في نطاق تطبيق المادة ٨٧٤ مدني ، ويشمل ذلك الصحاري والجبال (١) .

وتنص المادة ٢٢ من قانون سنة ١٩٦٤ على أن « تحدد بقرار من وزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي ، بعد أخذ رأي وزير الأشغال ، المناطق التي يجوز أن تباع فيها الأراضي البور والأراضي الصحراوية غير المزروعة لاستصلاحها ، وذلك بعد التحقق من إمكان انتفاعها بالري من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه » . فالناطق آتي تباع فيها الأراضي الصحراوية غير المزروعة لاستصلاحها يتوخى في تحديد إمكان انتفاعها بالري من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه ، والأراضي الداخلة في هذه المناطق هي مجال تطبيق قانون سنة ١٩٦٤ .

١٧- عزم جواز الاستيلاء على العقار بعد صدور القانون رقم ١٠٠

ل سنة ١٩٦٤ : ويؤخذ مما تقدم أنه بعد صدور قانون سنة ١٩٦٤ لم يعد يجوز تملك العقار عن طريق الاستيلاء . إذ الاستيلاء يفترض أرضاً لا مالك لها ، وقانون سنة ١٩٦٤ يجعل الأراضي الصحراوية مملوكة للدولة ملكية خاصة . وسنرى أن هذا القانون يجعل تملك هذه الأراضي يأتي عن طريق بيعها بالممارسة إلى الأفراد الراغبين في شرائها لاستصلاحها .

(١) قارن محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٠ - وانظر عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٧٧ ص ٤٢١ (وينبغي إلى أن المقصود بالأراضي غير المزروعة هي الأراضي الصحراوية والأراضي الرملية التي تحف ساحل البحر والجبال والأراضي البور غير المزروعة) - إسماعيل غانم ص ٥٠ (ويقول إن الرأي الراجح يذهب إلى أن الأراضي غير المزروعة تشمل كافة الأراضي غير المزروعة التي تدخل في الدومين الخاص للدولة ، بما في ذلك الصحاري والجبال) - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٦ ص ٣٥٧ (وينبغي إلى أن الأراضي غير المزروعة التي ذكرتها المادة ٨٧٤ مدني يراد بها كل أرض غير مزروعة لا تكون مملوكة لأحد من الأفراد ، ولا تدخل في الأموال العامة ولا في أموال الدولة الخاصة ، فهي الأراضي الموات ، كالأراضي المتروكة والصحاري والجبال ، أي أنها الأراضي التي لا تدخل في زمام المدن والقرى . ولا يدخل في هذه الأراضي غير المزروعة طرح النهر ، لأن هذا يعتبر من أموال الدولة الخاصة ويخضع لأحكام معينة) . وانظر مادار من نقاش في لجنة مجلس الشيوخ في شأن الأراضي غير المزروعة التي يعتبرها القانون ملكاً للدولة ، وأنها غير أملاك الدولة الخاصة المحصورة في سجلات مصلحة الأملاك الأميرية ، وأنها هي الأراضي الموات : آنفاً ص ٥٠ هامش ١ .

فلم يعد جائزاً ، بعد أن ألغيتُ الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني على مامر ، أن يعتمد مصري بدون ترخيص إلى وضع يده على هذه الأراضي ، ويزرعها أو يغرس فيها أو يبنى عليها ، فيتملكها في الحال إذا هو لم ينقطع عن تعميرها على وجه معين (١) . وإذا قيل إن الأراضي التي لا يجوز الاستيلاء عليها هي الأراضي الداخلة في المناطق التي يتحقق من إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه (٢) ، وإن الأراضي غير الداخلة في هذه المناطق تبقى محلاً للاستيلاء ، أجب بآن الاستيلاء هنا لا قيمة له من الناحية العملية إذ المفروض أن هذه الأراضي لا يمكن انتفاعها بالرى فهي إذن لا تصلح للزراعة . وحتى لو قيل إنها تصلح للتعمير عن طريق البناء ، فيبقى أنه بعد أن حذفت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني لم يعد ممكناً تملك هذه الأراضي عن طريق التعمير

(١) أنظر في هذا المعنى منصور مصطفى منصور فقرة ١٠٩ ص ٢٧٤ هامش ٢ - كذلك لا يجوز تملكها بالتقادم لأنها ملك خاص للدولة ، وملك الدولة الخاص أصبح لا يجوز تملكه بالتقادم طبقاً لأحكام القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ . وقبل ذلك كان يمكن تملك الأراضي الصحراوية بالتقادم المكسب وفقاً للقواعد العامة (استئناف وطني ١٢ مايو سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٢٠ ص ٤٠ - استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٨) ، وفي هذه الحالة لا حاجة إلى إذن مجلس الوزراء الذي تستلزمه أحكام الأمر العالي الصادر في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ (استئناف مصر ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٥٧ ص ٩٢ - وانظر في هذه المسألة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٨ - شفيق شحاته فقرة ٢٠٨) - وقد قضت محكمة النقض بأن الأراضي المزروعة التي لا مالك لها (م ٥٧ من القانون المدني القديم وم ٨٧٤ من القانون الحالي) كانت كغيرها من أموال الدولة الخاصة تخضع لقواعد التقادم المكسب ، شأنها في ذلك شأن سائر أموال الأفراد حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ الذي عدل المادة ٩٧٠ من القانون المدني القائم وأضاف حكماً جديداً يقضي بعدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو كسب أى حق عيني عليها بالتقادم (نقض مدني ٨ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥٠ ص ٩٨١) . وقارن في هذه المسألة عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٦ ص ٣٥٦ هامش ٢ (ويذهب إلى جواز تملك هذه الأراضي بالتقادم في الحدود التي استحدثها القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ الخاص بتملك الأراضي الصحراوية . ومهما يكن من أمر ، فإن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ لم يدع مجالاً للشك في أن هذه الأراضي قد أصبحت ملكاً خاصاً للدولة ، شأنها في ذلك شأن سائر أموالها الخاصة ، فتسرى عليها جميع الأحكام المتعلقة بهذه الأموال ، ومنها عدم جواز تملكها بالتقادم) .

(٢) م ٢٢ من قانون سنة ١٩٦٤ سالفة الذكر : أنظر آنفاً ص ٥٤ .

وحده . ونرى من ذلك أن الاستيلاء بعد صدور قانون سنة ١٩٦٤ لا يرد على العقار ، وإنما يرد على المنقول وحده .

أما قبل صدور قانون سنة ١٩٦٤ . والأدق قبل صدور القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بتنظيم تملك الأراضي الصحراوية ، فانه كان يمكن القول ، قبل حذف الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني ، إن الأراضي الصحراوية كانت تعتبر من وجه أرضا لا مالك لها . فالفقرة الأولى من المادة ٨٧٤ مدني تصرح بأنها أراض غير مزروعة « لا مالك لها » ، وإذا كانت نفس الفقرة تصرح في الوقت ذاته بأنها « ملك للدولة » . فان هذه الملكية كانت من الضعيف بحيث إنها كانت لا تحول دون الاستيلاء على الأرض دون ترخيص وتملكها في الحال إذا أخذ هذا الاستيلاء صورة التعمير . فلم تكن هذه الأراضي إذن بمنزلة الأراضي الداخلة في الزمام والتي تملكها الدولة ملكية خاصة ، بل كانت أرضا مباحة يملكها من يستولي عليها عن طريق التعمير . وقبل أن يستولي عليها أحد ، كانت ملكيتها تسند إلى الدولة ، وهي ملكية أقرب إلى السيادة منها إلى الملكية الحقيقية (١) . ولذلك كان الاستيلاء يرد عليها . لا فحسب عن طريق التعمير ، بل أيضا عن طريق الترخيص . ومن هنا جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وللاستيلاء على المال المباح طريقان : طريق الترخيص الذي يصدر من الدولة وفقا للوائح المقررة ، وطريق الاستيلاء الحر وشرطه التعمير (٢) » .

(١) قرب عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٧٧ ص ٤٢٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ - ويلاحظ أنه عند صدور التقنين المدني الجديد كان تملك الأراضي الصحراوية خاضعا لنظام الترخيص طبقا للأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ ، الذي مد العمل بأحكامه بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ . ولما صدر التقنين المدني الجديد ، نشب خلاف فيما إذا كانت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من هذا التقنين جعلت الترخيص المقرر بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ غير ضروري فيجوز للأفراد وضع اليد على الأراضي الصحراوية لتعميرها دون حاجة إلى ترخيص من الدولة كما يقضى صريح نص المادة ٣/٨٧٤ مدني ، أو أن الترخيص بقى ضروريا طبقا لأحكام المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ حتى بعد صدور التقنين المدني الجديد . وبقي الخلاف =

أما الآن ، بعد أن صدرت القوانين التي تنظم تملك الأراضي الصحراوية وبخاصة قانون سنة ١٩٦٤ ، لم يعد هناك محل للقول بأن ملكية الدولة للأراضي الصحراوية ملكية ضعيفة ، بل هي قد أصبحت كما سبق

= قائماً إلى أن صدر القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، فقررت مذكرته الإيضاحية أن الترخيص بقى ضرورياً بالرغم من صدور التقنين المدني الجديد . ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فنظم هذه المسألة تنظيمياً تشريعياً في المادة ٧٥ منه ، وسنعود إلى نص هذه المادة مع مذكرتها الإيضاحية (أنظر مايلي فقرة ٢٠) .

هذا وقبل ذلك ، أي قبل صدور الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ ، كان قد صدر أمر عال في ٢١ مايو سنة ١٨٦٧ يمنح العربان في بعض الجهات الحق في استغلال الأراضي الصحراوية ، بزراعتها في الشتاء على مياه الأمطار ، مع تحريم التصرف عليهم في هذه الأراضي بالبيع أو الرهن أو التزول عن حق انتفاعهم لغيرهم إلا إذا كانوا قد امتلكوا هذه الأراضي بمقتضى حجج رسمية (أنظر استئناف وطني ٣ ديسمبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٨٧ ص ١١١ - استئناف مصر ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٧ ص ٩٩٣ - الاسكندرية الوطنية ١٥ يونيو سنة ١٩١٨ الحقوق ٣٥ ص ٧٦ - ٢٣ مايو سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٩ ص ١٠٣ - ٢٠ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٨٤ ص ١٩٦ - وانظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٢ ص ٣٩ - ص ٤٠) .

ثم صدر بعد ذلك أمر عال في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ يجعل تملك الأراضي الصحراوية موقوفاً على إتمام إجراءات معينة . وقد أخرج هذا الأمر العالي من نطاق التملك بالطريقة التي رسمها أراضي الجزائر وشاطئ النيل وشواطئ الترع والأراضي الحرة الناتجة من زيادة المساحة وليس عليها أموال مقررة وسائر الأراضي الداخلة ضمن زمام البلاد . وقسم الأراضي الصحراوية بعد ذلك إلى ثلاث درجات : (أ) الأراضي غير المزروعة التي لا يترتب على استغلالها صعوبات أو مصروفات جسيمة ، ولا يجوز أن يعطى للفرد الواحد من هذه الأرض أكثر من ١٥٠٠ فدان . (ب) الأراضي المألحة والأراضي المستنقعة التي يقتضى إعدادها للزراعة مصروفات كثيرة . (ج) الأراضي المعروفة بالبراري التي يترتب على استغلالها مصروفات باهظة ، فضلاً عن التكاليف التي يقتضيها إنشاء المصارف والجسور وغير ذلك . فأراضي الدرجة الأولى تعفى من الأموال مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات ، وأراضي الدرجة الثانية تعفى مدة لا تتجاوز ست سنوات ، وأراضي الدرجة الثالثة تعفى مدة لا تتجاوز عشر سنوات . ويجرى تملك الأرض للطالب باستيفاء الإجراءات الآتية : (١) يقدم طلب مكتوب إلى رئاسة مجلس النظار ، مبيناً فيه اسم الخوض الكائن به الأرض المطلوبة والمقدار المطلوب الاستيلاء عليه لتعميره . وتعطى الأولوية للأسبق من الطلبات ، فان قدم طلبان في آن واحد أعطيت الأولوية للأقرب من جهة الأطيان ، فان تساويا في القرب يقرع بينهما . أما الأطيان المتوطن فيها عربان ، فتعطى لهم بالأولوية متى طلبوها . (٢) يعين مندوب من مصلحة المساحة لمسح الأرض وتحديداتها وتقديم تقرير بذلك المجلس النظار . (٣) يصدق =

القول ملكية حقيقية كملكيتها لسائر أموالها الخاصة ، فللدولة أن تؤجر هذه الأراضي وأن تبيعها وأن تتصرف فيها تصرفها في أى مال تملكه ملكية خاصة . وعلى ذلك أصبحت الأراضي الصحراوية لها مالك هو الدولة ، فلم يعد يجوز تملكها بالاستيلاء .

مجلس النظار على الطلب . (٤) تحرر حجة مشتملة على شروط التملك . (٥) تسلم الأرض للطالب بمعرفة مندوب المديرية - أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢ ص ٣٧ - ص ٣٩ . .
والذى يستخلص مما تقدم أن الأمر العالى الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ إنمما ينظم تملك الأراضي الصحراوية للأفراد عن طريق الترخيص لهم فى الاستيلاء عليها ، فيتملكونها ، لا بالشراء لأنهم لا يدفعون ثمناً (وإنما يدفعون رسماً فى مقابل مسح الأرض وتحديداتها) ، ولكن بالاستيلاء المرخص فيه من الحكومة ، وذلك بقصد تعبير هذه الأراضي . ولذلك أعفيت الأراضي ، كما رأينا ، من الأموال الأميرية ، لمدد متفاوتة بحسب درجة الأرض ، حتى إذا تم تعبيرها فى خلال هذه المدة فرضت عليها الأموال . قارن مع ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٢ . ويتم تملك الأرض أى الاستيلاء عليها بتحرير الحجة وتسليم الأرض للطالب ، ولو كان التملك بطريق الشراء لكان يكتفى تقابل الإيجاب والقبول ، أى تقديم الطلب وتصديق مجلس النظار عليه ، وذلك قبل تحرير الحجة وتسليم الأرض . أنظر فى أن الطالب لا يحق له التمسك بقرار مجلس النظار الذى هو عمل داخلى للحكومة يجوز المدول عنه وسحبه ، مادام هذا القرار لم يعقبه تحرير الحجة وتسليم الأرض : استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٩٧ - ٢٨ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٠ - ٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٢٤ - ٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٧٣ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٦ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٣ - الاسكندرية الابتدائية المختلطة ٣ أبريل سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ١٠٥ ص ٣٠٨ - المطارين ١٤ مارس سنة ١٩١٨ الشرائع ٥ رقم ٨٦ ص ٣٨٠ - وقارن مصر الابتدائية الوطنية ٢٩ أغسطس سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ٢٦٩ - ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الترخيص هنا تصرف قانونى يجب شهره لكونه من التصرفات الناقلة للملكية ، وفقاً للمادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى (عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٧٨ - إسماعيل غانم ص ٥٠ - عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٤٧ ص ٣٥٩) .

وبقى الأمر العالى الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ معمولاً به إلى أن صدر الأمر العسكرية رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ المشار إليه فى صدر هذه الحاشية ، وقد مد العمل بهذا الأمر العسكرية كما قدمنا بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ . ثم صدر القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، وصدر بعد ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ وهو القانون المعمول به فى الوقت الحاضر .

١٨- كيفية تملك الأراضي الصحراوية طبقاً لأحكام القانون رقم ١٢٤

لسنة ١٩٥٨ تم طبقاً لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤

رأينا (١) أن الفقرة الثانية من المادة ٨٧٤ مدني تنص على ما يأتي : « ولا يجوز تملك هذه الأراضي (الأراضي الصحراوية) أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقاً للوائح » .

وقد صدر فعلاً القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ينظم تملك الأراضي الصحراوية . وقد سبق أن عرضنا لهذا القانون في صدد الكلام في القيود التي ترد على الحق في التملك (٢) ، ونعرض له هنا في إيجاز باعتبار أنه كان قانوناً ينظم حق الأفراد في تملك الأراضي الصحراوية . وقد بدأ في مادته الأولى بأن يحظر على أي شخص أن يملك بأي طريق كان ، عدا الميراث ، عقاراً كائناً باحدى المناطق المحيطة بخارج الزمام ، وهذه هي بوجه عام الأراضي الصحراوية . ثم أتى بعد ذلك باستثنائين . أجاز في الاستثناء الأول منهما لوزير الحربية أن يحدد بقرار منه مناطق معينة لا يشملها الحظر . فيجوز للأفراد أن يملكوا الأراضي الصحراوية الداخلة في هذه المناطق . ويبدو أنه كان يجوز للأفراد ، بالنسبة إلى هذه الأراضي التي استثنت من الحظر ، أن يملكوها بالاستيلاء عن طريق التعمير طبقاً لأحكام الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني التي لم تكن قد ألغيت بعد (٣) . والاستثناء الثاني خاص بالمناطق التي لم تستثن من الحظر ، فيجوز لوزير الحربية حتى في هذه المناطق الترخيص للأفراد في تملك الأراضي . وتقضي المادة الثالثة من القانون بأن يعتبر باطلاً كل تصرف يقع مخالفاً لهذه الأحكام . ولم يكن للقانون أثر رجعي ، فبقى الملاك السابقون محتفظين بحقوقهم المكتسبة .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٥ .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤١٥ .

(٣) أنظر في هذا المعنى إسماعيل غانم ص ٥١ هامش ١ - عبد المنعم فرج الصده فقرة

ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ يلغى القانون السابق ، ويحل محله ، وهو القانون المعمول به في الوقت الحاضر . ويقضى بأن تكون الأراضي الصحراوية كلها ملكا خاصا للدولة ، ولا يجوز لأحد تملكها بالاستيلاء . وإنما يملكها الأفراد لاستصلاحها في المناطق التي يكون محققا إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه ، بطريق الشراء ممارسة من الدولة . فقد نصت المادة ٢٣ من هذا القانون بأنه « يجوز لوزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضي أن يرخص في التصرف في مساحات من الأراضي البور والأراضي الصحراوية غير المزروعة ، ببيعها بطريق الممارسة إلى الأفراد الراغبين في شرائها لاستصلاحها ، في حدود عشرين فدانا من الأراضي البور أو خمسين فدانا من الأراضي الصحراوية بالنسبة إلى كل مشتر ، وذلك بالشروط الآتية : (١) أن يكون المشتري متمتعا بجنسية الجمهورية العربية المتحدة ، بالغاً سن الرشد ، من ذوى السمعة الحسنة ، لم يسبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو بالحبس في جريمة مخلة بالشرف مالم يكن قد رد إليه اعتباره . (٢) أن يتعهد المشتري باستصلاح الأراضي المبيعة وزراعتها خلال سبع سنوات بالنسبة إلى الأراضي البور ، وخلال عشر سنوات بالنسبة إلى الأراضي الصحراوية ، وذلك من تاريخ تسليم الأرض إليه . وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد البيع بالممارسة ، وتقدير الثمن ، وشروط أدائه ، ومدته ، وفوائده ، وسائر أحكام البيع الأخرى » . وإذا لم يقم المشتري باستصلاح الأرض وزراعتها في خلال المدة المحددة ، اعتبر عقد البيع مفسوخا من تلقاء ذاته دون حاجة إلى تنبيه أو إعدار أو حكم قضائي ، ويلزم المشتري الذى انفسخ عقده بأداء الأجرة المناسبة عن تلك الأرض عن المدة السابقة اعتبارا من تاريخ تسليمها إليه ، ويستترل من قيمة هذه الأجرة ما أداه المشتري قبل الفسخ من ثمن وفوائد . كما يلزم المشتري الذى انفسخ عقده بتسليم الأرض بما عليها من منشآت ثابتة إلى الحكومة ، دون أن يكون له الحق في المطالبة بأية تعويضات عنها . وفي خلال المدة التي يستصلح فيها المشتري الأرض ، لا يجوز له التصرف فيها لأحد .

فاذا ما أتم استصلاحها في خلال الميعاد المقرر ، جاز له أن يتصرف فيها . ويكون التصرف في هذه الحالة إلى صغار الزراع الذين تكون حرفتهم الزراعة أو الرعى أو الصيد باعتبارها مورد رزقهم الرئيسي ، وبشرط ألا يكون مجموع الأرض المتصرف فيها لكل واحد منهم وما يملكه هو وزوجته وأولاده القصر على عشرة أفدنة من الأراضي الزراعية والبور والأراضي الصحراوية المستصلحة . كذلك يجوز الترخيص في بيع مساحات تجاوز العشرين فدانا من الأراضي البور أو خمسين فدانا من الأراضي الصحراوية غير المزروعة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة ، بشرط أن تم استصلاح ما تشتره من الأراضي وزراعتها خلال عشر سنوات من تاريخ تسليمها إليها ، وإلا انفسخ عقد البيع على النحو الذي يبيانه فيما تقدم . ولا يجوز لهذه الأشخاص الاعتبارية التصرف في الأراضي التي تشترها إلا بعد أن تم استصلاحها وزراعتها ، ويكون التصرف في هذه الحالة إلى صغار الزراع بالشروط المبينة فيما قدمناه .

ويجوز للدولة أن تعهد إلى أشخاص اعتبارية عامة أو خاصة في استصلاح الأراضي الصحراوية وتعميرها وزراعتها ، وفقا لبرامج التنمية ومخططاتها . فاذا ماتم استصلاح هذه الأراضي . وزعت على صغار الزراع وخريجي المعاهد الزراعية ، بحيث يختص كل منهم بملكية جديدة لا تقل عن أربعة فدان ونصف ولا تزيد على سبعة أفدنة ونصف تبعا لجودة الأرض والحالة الاجتماعية للمتفع . ويجب توافر شروط معينة فيمن توزع عليهم الأراضي الصحراوية المستصلحة ، وتكون الأولوية في توزيع هذه الأراضي وفقا لترتيب معين . وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد تقرير ثمن الأراضي المستصلحة ، وشروط أداء هذا الثمن ، ومدته ، وفوائده ، وسائر أحكام التوزيع .

ولوزير الحربية ، بعد أخذ رأى وزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي ، أن يحدد بقرار منه المناطق التي يحظر فيها تملك الأراضي الصحراوية ، لأغراض عسكرية . ويجوز نزع ملكية الأراضي الصحراوية أو الاستيلاء عليها استيلاء مؤقتا ، إذا اقتضت ذلك دواعي المحافظة على سلامة الدولة وأمنها القومي الخارجي أو الداخلي . وتحدد اللائحة التنفيذية

الإجراءات التي تتبع في نزع ملكية الأراضي الصحراوية والاستيلاء المرفقت عليها ، ويتقاضى أصحاب هذه الأراضي تعويضا عينيا أو نقديا (١) .

وبعد أن بين قانون سنة ١٩٦٤ الأحكام التي تسرى في تملك الأراضي الصحراوية على النحو الذي قدمناه ، نص في المادة ١/٤٧ منه على أنه « لا يجوز لأي شخص طبيعي أو معنوي أن يحرز أو يضع اليد بأية صفة كانت على العقارات الداخلة في ملكية الدولة الخاصة التي تسرى عليها أحكام هذا القانون ، إلا وفقا لهذه الأحكام » . فأصبح لا يجوز لأحد أن يضع يده على الأراضي الصحراوية بطريق الاستيلاء والتعمير ، على النحو المبين في الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ ملني ، ومن ثم نص قانون سنة ١٩٦٤ على إلغاء هذه الفقرة كما سبق القول .

١٩- تملك الأراضي الصحراوية طبقا لأحكام الفقرة الثالثة المحذوفة من

المادة ٧٨٤ مرني : وإذا كانت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ ملني قد ألغيت بالمادة ٨٦ من قانون سنة ١٩٦٤ ، فإن إلغائها لم يكن بأثر رجعي ، وقد ظلت مطبقة من وقت العمل بالتقنين الملني الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) إلى وقت إلغائها . لذلك يحسن أن نورد في إيجاز ما تشتمل عليه من الأحكام .

وتنص هذه الفقرة ، كما رأينا (٢) ، على ما يأتي : « إلا أنه إذا زرع مصري أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك في الحال

(١) وتنص المادة ٥١ من قانون سنة ١٩٦٤ على أنه «يجوز لوزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي أن يرخص في تأجير بعض العقارات التي تسرى عليها أحكام هذا القانون أو في التصرف فيها دون التقيد بأحكامه ، وذلك إذا كان التأجير أو البيع إلى الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة أو الأفراد بالنسبة إلى ما يحتاجونه من تلك العقارات لتنفيذ مشروعات تفيد في تنمية الاقتصاد القومي ، أو لدعم مشروعات قائمة منها ، أو لإقامة منشآت ذات نفع عليها ، وذلك بعد موافقة الجهة الإدارية المختصة . ويكون التأجير أو البيع في هذه الحالات بالأجرة أو الثمن وبالشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية» .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٥ .

الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة. ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال في خمس سنوات متتابة خلال الخمس العشرة سنة التالية للتملك .

ويستخلص من هذا النص أن هناك شروطا ثلاثة للتملك بطريق الاستيلاء : (١) أن تكون الأرض المعتبرة ملكا للدولة أرضا غير مزروعة . وقد سبق تحديد الأراضي غير المزروعة^(١) ، فلا يجوز الاستيلاء على أرض مملوكة للدولة إذا كانت أرضا مزروعة داخل الزمام ، ولا على أى أرض مملوكة للدولة داخل الزمام حتى لو كانت أرضا بورا . فتبقى إذن الأراضي الصحراوية خارج الزمام ، وهي التي يرد عاها الاستيلاء . (٢) أن يكون الشخص الذى يستولى على الأرض مصرى الجنسية . سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا كجمعية أو شركة أراض . وهذا الشرط مستحدث فى التقنين المدنى الجديد ، ولم يكن مطلوبا فى التقنين المدنى السابق فكان يجوز للأجنبي أن يستولى على الأراضي الصحراوية . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أوجب المشروع أن يكون المستولى مصريا ، حتى لا يملك أجنبي أرضا مصرية بهذا الطريق السهل »^(٢) . (٣) أن يكون الاستيلاء مصحوبا بالتعمير ، وهذا هو الغرض الأساسى من إباحة الاستيلاء على الأراضي الصحراوية ، حتى يكون هناك حافظ يستحث ذوى المقدرة على إحياء الأرض الموات ، ويشجعهم على ذلك بأن يجزيهم على ما بذلوا من جهد وأنفقوا من مصروفات يجعلهم يملكون الأرض التي يحيونها . والتعمير يكون ، كما يقول النص ، بأن يزرع المستولى الأرض أو يخرس فيها أشجارا أو يقيم عليها بناء . وليس من الضرورى أن يصل فى هذه الأمور إلى نهايتها ، بل يكفي فى زراعة الأرض أن يجعل منها مرعى ، وفى البناء

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ .

عليها أن يسورها وينصب فيها خياماً متنقلة فالتسوير وحده لا يكفي (١) .
ولكن يشترط أن يكون التعمير تعميراً جدياً من شأنه أن يحيي الأرض .
وأن يدل على نية صاحبه من أنه آخذ في أسباب استغلالها والمضي في هذا
السييل (٢) . وعلى ذلك لا يكفي مجرد وضع اليد على الأرض ، وقبل
أن يعمر المستولى الأرض يجوز للدولة إخراجه منها حتى بالطرق الإدارية .
لأنه قبل التعمير لا يكون قد تملكها فيصح طرده منها (٣) . ولا يلزم

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : «المطلوب من
يعمر الأرض أن يزرع أو يبني وفقاً لما يمكن أن تعد له الأرض من أغراض ، فيكفى أن
يجعل الأرض مرعى أو أن يسورها أو ينصب فيها خياماً متنقلة» (مجموعة الأعمال التحضيرية
ص ١٩٧) . وقد وقع في المذكرة الإيضاحية خطأ مادي ، فحل لفظ «أو» محل واو العطف ،
وتكون العبارة الصحيحة هي : «فيكفى . . . أن يسورها وينصب فيها خياماً متنقلة» . وقد
جرى القضاء على أن التسوير وحده لا يكفي ، وقضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه إذا
كان المال من نوع ما يكون الاستيلاء عليه منشئاً للملك لا ناقلاً له ، فإن مجرد دخوله في ملكة
من استولى عليه لا يكفي قانوناً لاعتبار هذا المستولى منتوياً لامتلاكه ، ما لم يكن قد أجرى فيه
من الأعمال الظاهرة المستمرة ما يدل على قيام هذه النية لديه . فتسوير هذا النوع من المال أو مجرد
المرور به لا يكفي وحده في ثبوت حيازته أو وضع اليد عليه (نقض مدني ١١ يونية سنة
١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٢ ص ٥٥٤) . وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٣ ص ٣٠ -
عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٧٩ ص ٤٢٢ - ص ٤٢٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٨
ص ٣٦٠ .

(٢) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٨ - ولاتكنى زراعة متقطعة
تعتمد على الأمطار ، فالزراعة الجدية لا تقوم إلا بوسيلة من وسائل الري كشق ترعة أو حفر
بئر ارتوازي (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٦) .
وعبء إثبات التعمير يقع على من يدعى التملك ، ولو كان هو المدعى عليه في دعوى المنازعة
في الملكية (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٩ ص ١١٣) .

(٣) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٤ ص ٤٥ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٣ ص ٤٠ -
ص ٤١ - وبطلب من الحكومة أن تثبت أن الأرض هي من الأراضي غير المزروعة التي
لا مالك لها فتكون على هذا النحو مملوكة للدولة (الاسكندرية المختلطة ٩ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣
ص ٤٤٠) . وقد قضت محكمة النقض بأن الحكومة مثلها مثل الافراد إذا ادعت ملكية أرض
في يد المدعى عليه . فعليها أن تثبت أنها من أملاكها العامة أو الخاصة أو أنها من الأراضي
المملوكة شرعاً للميرى وفقاً لنص المادة ٥٧ مدني (قديم) ، أما قبل ذلك فليس لها أن تطالب
واضع اليد بإقامة الدليل على ملكيته (نقض مدني ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام
النقض ٢ رقم ٧٠ ص ٣٧٣) .

إلى جانب هذه الشروط الثلاثة أى شرط آخر . فلا يشترط أن يحصل المستولى على ترخيص من الدولة فى الاستيلاء ، وقد كان هناك تردد فى عهد التقنين المدنى السابق فى هذا الأمر . فكان هناك رأى يذهب إلى عدم لزوم هذا الشرط^(١) ، ولكن الرأى الغالب كان يذهب إلى وجوب الحصول على ترخيص^(٢) . فحسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف بالنص صراحة على عدم لزوم الترخيص ، إذ يقول كما رأينا : « . . . تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة » . كذلك لا يشترط ، لملك الأراضى الصحراوية بالاستيلاء ، أن تفرض عليها ضريبة عقارية بعد الزراعة أو البناء ، أو أن تقيد فى المكلفة باسم المستصلح ، فقبل فرض الضريبة والتقيد فى المكلفة يكون المستصلح قد تملك الأرض بتعميرها^(٣) .

ونرى من ذلك أن نملك المستصلح للأرض رهن بتوافر الشروط الثلاثة المتقدم ذكرها ، ويتم التملك من وقت التعمير . ويقول النص فى هذا المعنى : « . . . تملك فى الحال . . . ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك » . وتكييف ذلك من الناحية القانونية أن المستصلح يملك فى الحال الأرض

(١) أسوان ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٥٤ ص ١٥٢ - طنطا الكلية ٨ يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٥٦ ص ٨٠ - أسيوط الكلية ١٢ يونيه سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١١٧ ص ١٧٠ - العاظم ٢ نوفمبر سنة ١٩٢١ المحاماة ٣ رقم ١٧ ص ٢٢٧ - الاسكندرية الكلية ٢٠ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٨٤ ص ١٩٦ .

(٢) استئناف وطنى ٢ مايو سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢٣ ص ٢٢ - ٢ يونيه سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ١٧ ص ٤١ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٥٤ ص ٩٥ - استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٦٥ ص ٦٠٧ - استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٦ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٨ - ١٩ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٦ .

(٣) استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٠١ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٤ - الاسكندرية المختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ رقم ١٣٨ ص ١٨٠ .

التي استصلحتها ، ولكن ملكيته تكون معاقبة على شرط فاسخ هو ألا ينقطع عن التعمير في خلال الخمس العشرة سنة التالية للتملك خمس سنوات متوالية (١) .

فهو أولا يملك في الحال الأرض المستصلحة ، أى يملكها بمجرد استصلاحها (٢) . ولا يتوقف ذلك على قيد في المكافئة كما قدمنا ، ولا يتوقف على تسجيل إذالتسجيل لا يكون إلا في التصرفات ، والتملك هنا قد تحقق لا بنصرف قانونى بل بواقعة مادية هي واقعة التعمير . وما دام المستصلح قد أصبح مالكا للأرض بمجرد التعمير ، فهو ككل مالك يستطيع أن يتصرف فيها بالبيع والهبة والرهن وغير ذلك من التصرفات ، ولا ينتظر انقضاء الخمس العشرة سنة لأنه أصبح مالكا قبل أن يبدأ سريان هذه المدة كما قدمنا ، بل إن سريان المدة لا يبدأ إلا من وقت تملكه كما سيجىء . ويستطيع المستصلح أن يؤجر الأرض المستصلحة ، وأن يعطيها لغيره مزارعة . ويجوز له أن يوصي بها ، وهي تورث عنه حتى قبل انقضاء الخمس العشرة سنة (٣) . وسواء انتقلت ملكية الأرض المستصلحة إلى خلف خاص كشر أو إلى خلف عام كوارث ، فإنها تنتقل كما كانت وهي في ذمة المستصلح ، أى تنتقل معاقبة على شرط فاسخ هو ألا ينقطع الخلف عن تعميرها خمس سنوات متوالات في خلال الخمس العشرة سنة التي تسرى من وقت تعمير السلف للأرض ، وتحسب المدة التي انقطع فيها السلف عن التعمير كما تحسب المدة التي انقضت من الخمس العشرة سنة والأرض في ملك السلف .

ثم إن ملكية المستصلح تكون معاقبة على شرط فاسخ . فهي لا تصبح ملكية باقية مستقرة إلا إذا لم ينقطع المستصلح أو خلفه عن تعمير الأرض

(١) استئناف مختلط ٤ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٦ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م

١٢ ص ٥٢ .

(٢) ويملكها بالقدر المفيد في استعمالها ، فيلحق بالأرض المستصلحة بالبناء المسافة اللازمة لتج مطات تكون متخفا للبناء (محمد على عرقة ٢ ققرة ٢٣ ص ٤١) .

(٣) محمد على عرقة ٢ ققرة ٢٣ ص ٤١ .

خمس سنوات متوالياً في خلال الخمس عشرة سنة التالية لتملك الأرض (١) فتحسب مدة الخمس عشرة سنة إذن من وقت تعميم الأرض ، لا من وقت وضع اليد . وقد كان التقنين المدني السابق يجعل هذه المدة تسرى من وقت وضع اليد ، فكانت المادة ٨٠/٥٧ من هذا التقنين تقول : « في ظرف الخمس عشرة سنة التالية لأول وضع يده عليها » . أما التقنين المدني الجديد فقد عدل بحق عن هذا الحكم ، وجعل المدة تسرى من وقت التعمير إذ يقول : « خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك » . ذلك أن الانقطاع عن التعمير يجب ألا يعتد به إلا من وقت التعمير ، ولو اعتد به من وقت وضع اليد لجاز أن تمضي مدة غير قصيرة بين وضع اليد والتعمير ، وينبغي ألا يحسب هذا الوقت ضمن الخمس عشرة سنة وألا تسرى هذه المدة إلا من وقت التعمير كما هو صريح نص التقنين المدني الجديد . وفي خلال هذه المدة يجب ألا ينقطع المستصاح عن تعميم الأرض مدة خمس سنوات متوالياً . وقد كان التقنين المدني السابق لا يشترط التوالى صراحة ، فكان يقول « مدة خمس سنوات » ، ومن ثم كان هناك خلاف ، فرأى يذهب إلى وجوب التوالى ، ورأى آخر يذهب إلى عدم وجوبه . وقد حسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف باشرطه التوالى صراحة ، إذ يقول « خمس سنوات متتابعة » (٢) . والفرق كبير بين التوالى وعدم التوالى ، إذ أن عدم التوالى كان يجعل التملك أشق بكثير . فكان يكفي أن ينقطع المستصاح عن تعميم الأرض خمس سنوات

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤ ص ٤٢ - عبد الفتاح عبد البزق فقرة ٢٠٧ - وقارن شفيق شحاته فقرة ٢١٢ : ويذهب إلى أن ملكية الأرض قبل تحقق عدم الاستعمال هي ملكية بائنة ، لا ملكية معلقة على شرط فاسخ ، ولكنها ملكية ضعيفة تسقط بعدم الاستعمال . وانظر أيضاً من هذا الرأي الأخير عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٨٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٩ ص ٣٦٢ .

(٢) والتوالى في الخمس السنوات التي ينقطع فيها المستصاح عن التعمير قرينة على نية ترك المستصاح للأرض المستصلحة ، وهذه النية تستخلص من التوالى أظهر بكثير مما نستخلص من خمس سنوات على فترات متقطعة (انظر في هذا المعنى شفيق شحاته فقرة ٢١٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٩ ص ٣٦٢) .

ولو غير متوالية في خلال الخمس عشرة سنة حتى يتحقق الشرط الفاسخ ،
 فتنسخ ملكية المستصلح . فاذا انقطع سنتين بعد انقضاء ثلاث سنوات من التعمير ،
 ثم استأنف التعمير خمس سنوات ، وانقطع بعد ذلك سنتين ، ثم استأنف
 التعمير سنتين ، فانه إذا انقطع سنة بعد ذلك ، أى السنة الأخيرة لتمام
 الخمس عشرة سنة ، تحقق الشرط الفاسخ وانفسخت ملكيته ، مع
 أنه يكون قد بقي يعمر الأرض عشر سنوات كاملة ، ولم ينقطع عن
 تعميرها إلا خمس سنوات غير متوالية . أما في التقنين المحدث الجديد فالأمر
 أيسر من ذلك بكثير ، إذ يشترط هذا التقنين التوالى كما قدمنا . فيكفى ،
 حتى لا يتحقق الشرط الفاسخ ، أن يعمر المستصلح الأرض سنة واحدة
 ثم ينقطع أربع سنوات ، ويعود إلى تعميرها سنة واحدة وينقطع أربع
 سنوات ، وهكذا حتى يتم الخمس عشرة سنة دون أن يكون قد قضي
 في تعمير الأرض أكثر من ثلاث سنوات وانقطع عن تعميرها اثنتى
 عشرة سنة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد :
 « ذكر المشروع أن الخمس السنين التى يفقد المستولى الماكية بعدم استعمال
 الأرض فى أثنائها يجب أن تكون سنين متوالات . فأصبح المستولى أقل
 تعرضا لفقد ملكيته فى المشروع عنه فى التقنين الحال (السابق) الذى
 لا يشترط التوالى . ويكفى فى المشروع أن يستعمل المستولى الأرض سنة
 كل خمس سنوات حتى لا يتحقق الشرط الفاسخ للملكية ، فاذا لم يبق
 من الخمس عشرة سنة إلا أربع سنوات دون أن يتحقق الشرط الفاسخ ،
 أصبحت ملكيته باثة حتى قبل انقضاء الأربع السنوات ، لاستحالة تحقق
 الشرط الفاسخ » (١) . وانقطاع المستصلح عن التعمير معناه أنه إذا كان
 قد زرع الأرض يكف عن زراعتها ، وإذا كان قد غرسها أشجارا ينقطع
 عن تعهد الأشجار بالتسميد والصيانة ، وإذا كان قد أقام فيها بناء يترك
 البناء دون استعمال ودون صيانة حتى يصبح معرضا للتخرب .

ويتحقق الشرط الفاسخ ، كما قدمنا ، بانقطاع المستصلح عن التعمير خمس سنوات متوالياً في خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك (١) . فإذا ما تحقق ، انفسخت ملكية المستصلح بأثر رجعي ، واعتبر أنه لم يكن ما لكا منذ البداية . وعلى ذلك تزول جميع تصرفاته في الأرض المستصلحة تبعاً لزوال ملكيته بأثر رجعي (٢) . وتسرى القواعد العامة المقررة في تحقق الشرط الفاسخ (٣) ، وتعود ملكية الأرض المستصلحة للدولة .

أما إذا لم يتحقق الشرط الفاسخ ، فإن ملكية المستصلح تصبح ملكية بائنة ، وتثبت جميع تصرفات المستصلح في الأرض المستصلحة ، وتسرى القواعد العامة المقررة في تخلف الشرط الفاسخ . ويلاحظ أن تخالف الشرط الفاسخ هنا معناه أن يكون قد مضى على تعمير الأرض المستصلحة مدة خمس عشرة سنة دون أن ينقطع المستصلح عن تعميرها خمس سنوات متوالية . ولا يفهم من ذلك أن المستصلح قد ملك الأرض بالتقادم الطويل ،

(١) وإذا أثبت المستصلح واقعة التعمير ، كأن أثبت أن الأرض مزروعة فعلاً ، فعلى الحكومة يقع عبء إثبات أن المستصلح قد انقطع عن التعمير خمس سنوات متوالياً (الاسكندرية المختلطة ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ رقم ١٣٨ ص ١٨٠) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن قرينة عدم الاستعمال المستخاصة من عدم فرض ضريبة على الأرض ينقضها إثبات أن الأرض مزروعة فعلاً (استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٠١ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٤) .

(٢) والذين لا يقولون بالشرط الناسخ انقسموا . فهم من يذهب إلى زوال التصرفات لا بناء على تحقق الشرط الناسخ بأثر رجعي ، بل لأن المستصلح الذي تصرف في الأرض كانت ملكيته ضعيفة تسقط بعدم الاستعمال فلا يستطيع أن ينقل إلى الغير أكثر مما يملك (شفيق شحاته فقرة ٢١٢ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٨٢) . ومنهم من سار في إنكار الشرط إلى نهايته ، فذهب إلى أن تصرفات المستصلح لا تزول بالرغم من زوال ملكيته بعدم الاستعمال ، لأن الملكية لا تزول في هذه الحالة بأثر رجعي (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٩ ص ٣٦٢) .

(٣) ولكن المستصلح يعتبر بائناً أو غارساً في الأرض بحسن نية ، فتسرى عليه القواعد المقررة في الالتصاق للباني أو الغارس في ملك غيره بحسن نية (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤ ص ٤٦) . ولا يتعارض هذا الحكم مع القول بانفساخ الملكية بأثر رجعي ، فإن الأثر الرجعي إنما هو مجاز قانوني لا يتعدى إلى الأعمال المادية التي تكون قد تمت قبل تحققه ، ولا شك في أن المستصلح وقت أن بني أو غرس كان حسن النية إذ كان يبني أو يفرس في أرض يملكها (قارن شفيق شحاته فقرة ٢١٢ ص ٢١٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٨٢) .

أى بانقضاء خمس عشرة سنة ، فهو قد تملك الأرض بمجرد تعميرها وقبل أن تبدأ الخمس عشرة سنة كما قدمنا ، وتملكها بالاستيلاء المصحوب بالتعمير لا بالتقادم . وعلى ذلك لا تكون مدة الخمس عشرة سنة مدة تقادم ، بل هي ميعاد حدده القانون لا يجوز في خلاله أن ينقطع المستصاح عن التعمير مدة خمس سنوات متوالية . ومن ثم لا ترد أسباب الوقف ولا أسباب الانقطاع على مدة الخمس عشرة سنة ، فلا توقف هذه المدة ولا تنقطع (١) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فالملكية هنا لا تكسب بالتقادم العادى وإلا وجب أن تراخى إلى خمس عشرة سنة ، وإنما هى تكسب فى الحال معالقة على هذا الشرط الفاسخ » (٢) .

٢٠- حقوق الغير فى الأراضى الصحراوية السابقة على القانون

رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ : ولما كان القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ليس له أثر رجعى ، وليس للقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ كذلك أثر رجعى كما سبق القول ، لذلك تبقى حقوق الغير الثابتة فى الأراضى الصحراوية والسابقة على هذين القانونين كما هى لا تمسها أحكام هذين القانونين . وتأكيذا لذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٧١ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ على أن « جميع النصرفات التى تمت قبل العمل بهذا القانون الواردة على عقارات كانت داخلة فى ملكية الدولة الخاصة ، تبقى نافذة بذات الشروط والأحكام السارية وقت إقرارها » .

ويمكن القول ، استخلاصا مما تقدم ، وتطبيقا للقواعد العامة، أنه إذ وضع شخص يده على أرض صحراوية لتعميرها فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ (وقت العمل بالتقنين الملى الجديد) ، وعمرها بعد سنة ، فإنه يملكها بمجرد التعمير فى سنة ١٩٥٠ ، وفقا لأحكام الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى التى كانت معمولا بها وقت ذلك ولم تكن قد حذفت .

(١) محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤ ص ٤٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٨١ ص ٤٢٤ - وقارن شفيق شحاته فقرة ٢١١ (ويذهب إلى أن الخمس عشرة سنة هى مدة تقادم مسقط) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٩٧ .

ولكن ملكيته تكون معلقة على شرط فاسخ ، هو عدم الانقطاع عن تعميرها على النحو الذى قدمناه . فاذا هو لم ينقطع عن تعميرها خمس سنوات متواليات فى مدة الخمس عشرة سنة التالية للتملك ، أى إلى سنة ١٩٦٥ (١) فى الفرض الذى نحن بصددده ، فان ملكيته تصبح باثة لتخلف الشرط الفاسخ . ولا يمس ملكيته هذه ، التى ثبتت له منذ سنة ١٩٥٠ ، لا صدور القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ولا صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ .

على أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ قد نظم هذه الحقوق المكتسبة تنظيمًا تشريعيًا ، إذ نصت المادة ٧٥ منه على ما يأتى : « يعند فى تطبيق أحكام هذا القانون بحقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى الواردة على عقارات كائنة فى إحدى المناطق المتبعة خارج الزمام فى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه ، المستندة إلى عقود تم شهرها أو أحكام نهائية سابقة على هذا التاريخ أو إلى عقود صدرت من الحكومة وتم تنفيذ الشروط الواردة بها ولم تشهر بعد - ويعد مالكا بحكم القانون : (١) كل غارس أو زارع فعلى لحسابه لأرض صحراوية لمدة سنة كاملة على الأقل سابقة على تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه ، وذلك بالنسبة إلى ما يقوم بزراعته بالفعل من تلك الأراضى فى تاريخ العمل بهذا القانون ، وبما لا يتجاوز الملكية العقارية المقررة قانونا . ولا يسرى هذا الحكم على الأراضى التى تزرع جزءا من السنة على مياه الأمطار فقط . فاذا كانت تلك الأراضى تروى من آبار طمست دون تعمد أو تقصير بعد تاريخ العمل بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه ، فيجوز أن يعوض ملاك تلك الأراضى عنها بمساحات مماثلة لها فى مناطق الآبار

(١) ولا عبرة هنا بأننا جاوزنا سنة ١٩٦٤ التى صدر فيها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فان هذا القانون ليس له أثر رجعى كما قدمنا ، والقانون الذى ينطبق فى الفرض الذى نحن بصددده هو الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى التى لم تكن قد حذفت ، والتى كانت سارية وقت تملك المستصلح للأرض تحت شرط ناسخ فى سنة ١٩٥٠ .

الجديدة التي تنشئها الدولة . (٢) كل من أتم قبل العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه إقامة بناء مستقر بحيزه ثابت فيه ولا يكون نقله منه ، وذلك بالنسبة إلى الأرض المقام عليها البناء والمساحة المناسبة التي تلحق به وتعد مرفقا له بحيث لا تزيد على المساحة المقام عليها البناء ذاته على الأكثر ، وذلك بشرط بقاء البناء قائما حتى تاريخ العمل بهذا القانون » (١) هذا ويجوز أن يكون شخص قد اشترى ، قبل العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، أرضا صحراوية من الحكومة بقصد استصلاحها ، ولم ينجز هذا الاستصلاح . فيبقى حقه دون مساس به بعد صدور القانون المذكور ، بل ويمنحه هذا القانون مهلة إضافية يتم في خلالها استصلاح

(١) ونورد هنا المذكرة الإيضاحية لهذا النص وهي تشرح النص شرحاً مستفيضاً : « ولما كانت النظم القانونية التي تحكم الملكية في الأراضي الصحراوية قد مرت بعدة مراحل متعاقبة منذ أن صدرت بعض الأوامر العالية . . . التي كان بعضها يمنح العربان في بعض الجهات الحق في استغلال الأراضي الصحراوية في تلك الجهات ، ومن هذا القبيل الأمر العالي الصادر في ١٧ من المحرم سنة ١٢٨٤ هجرية (٢١ من مايو سنة ١٨٦٧ ميلادية) ، والتي كان بعضها الآخر يعلق تملك الأراضي البور المملوكة للدولة على استيفاء إجراءات معينة من بينها الحصول على إذن بذلك من الحكومة ، ومن هذا القبيل الأمر العالي الصادر بتاريخ ١٩ من ذي القعدة سنة ١٣٠١ هجرية (٩ من سبتمبر سنة ١٨٨٤ ميلادية) . وفي ظل القانون المدني المصري القديم ، اتجه الرأي في الفقه والقضاء إلى اعتبار الأراضي الصحراوية الواقعة خارج الزمام من الأراضي المتروكة التي يجوز تملكها بالاستيلاء عليها بطريق الزراعة أو الغراس فيها أو البناء عليها ، وذلك استناداً إلى حكم المادة ٥٧ من القانون المدني المصري الأهل . . . وبقي الحال كذلك حتى صدر الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ بشأن تملك العقارات في أقسام الحدود ، الذي مد العمل بأحكامه بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ بعد إلغاء الأحكام العرفية التي صدر في ظلها . وقد حظر هذا الأمر على الأجانب أن يملكوا بغير طريق الميراث العقارات الكائنة في أقسام الحدود أو أن يكتسبوا أي حق عيني عليها ، كما قضى بوجوب حصول المصريين على إذن سابق من الحكومة بالنسبة إلى ما يملكونه بغير طريق الميراث من العقارات المشار إليها والحقوق العينية الواردة عليها . . . ثم صدر القانون المدني الجديد . . . وقضت المادة ٨٧٤ منه بأن . . . وبعد ذلك صدر القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ بتنظيم تملك الأراضي الصحراوية ، وقد أشارت مذكرته الإيضاحية إلى أن « الجدل قد ثار حول ماورد في المادة ٨٧٤ مدني المشار إليها والتي تجيز تملك الأراضي بطريق الاستيلاء الحر . . . واشتد الجدل على وجه الخصوص فيما إذا كانت تلك المادة قد نسخت أحكام المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ . . . وقد اتجه القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه إلى حسم ذلك =

الأرض ، إذ نصت المادة ٧٤ منه على أن « يمنح كل من اشترى أرضاً بوراً أو أرضاً صحراوية من الحكومة بقصد استصلاحها قبل العمل بهذا القانون مهلة يتم خلالها استصلاح الأراضي المبيعة له وزراعتها ، مدتها عشر سنوات من تاريخ تسليمها إليه أو سبع سنوات من تاريخ العمل بهذا القانون أى المدتين أطول - فإذا لم يقم المشتري باستصلاح الأرض المبيعة وزراعتها خلال المهلة المشار إليها ، اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إعدار أو حكم قضائي » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون في هذا الصدد : « ولما كان هذا الحكم المستحدث قد يدهم بعض المتصرف إليهم قبل تاريخ العمل بالقانون المرافق ممن تقاعسوا عن استصلاح وزراعة الأراضي البور والصحراوية

= الخلاف في الرأي . . . و أوضحت مذكرته الإيضاحية اتجاهها إلى تغليب فكرة قيام المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ٤٥ حتى تاريخ نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ ، واستدلت على ذلك بأن المشرع حينما أصدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ بمنح غير المصريين من تملك الأراضي الزراعية وما في حكمها ، وهو لاحق للقانون المدني الجديد ، قد أشار في ديباجته إلى المرسوم بقانون المشار إليه فهو يعترف ببقائه قائماً إلخ . وترتب على هذا الاتجاه أن القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه اتجه إلى اعتناق مبدأ إهدار الحقوق المستندة إلى حكم المادة ٨٧٤ من القانون المدني ، وإنكار الملكيات العقارية القائمة عليها في الأراضي الصحراوية . . . حتى لو كانت سابقة على تاريخ نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ذاته . . . وقصرت المادة ٥ من هذا القانون الأخير إقرار الملكيات السابقة على نفاذه في حالات الملكية والحقوق العينية التي تستند إلى عقود مسجلة أو أحكام نهائية سابقة على العمل بهذا القانون ، أو عقود صدرت من الحكومة ولم تسجل إذا كانت شروطها قد نفذت .

«ومهما يكن من أمر وجهة النظر التي اتجه القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه إلى تغليبها ، فإن تطبيقه في العمل قد أثار شعوراً بالقلق في نفوس المواطنين في بعض المناطق الصحراوية فيما يتعلق بعدم الاعتراف بملكياتهم العقارية المستندة إلى حكم المادة ٨٧٤ من القانون المدني الجديد وإلى حكم المادة ٥٧ من القانون المدني الأهل القديم المقابلة لها والتي كانت سارية منذ سنة ١٨٨٣ ، أى قبل أن يصدر الأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ والمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ المشار إليها بأكثر من نصف قرن . وبناء على ذلك فقد أعيد بحث جوانب القصور التي شابث القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه ، كما أعيد النظر في المبدأ الذي اعتنقه ذلك القانون في ضوء ما كشف عنه تطبيقه في العمل ، وفي ضوء الاعتبارات المتعلقة بالعدالة واحترام الحقوق المكتسبة والمبادئ المسلمة بالنسبة إلى تطبيق القوانين من حيث الزمان =

المتصرف فيها إليهم رغم انقضاء مدة العشر سنوات المشار إليها من تاريخ تسلمهم تلك الأراضي ، لذلك فقد روى إتاحة فرصة جديدة أمامهم بمنحهم مهلة إضافية مدتها سبع سنوات من تاريخ العمل بالقانون المرافق ، يلتزمون باتمام أعمال استصلاح وزراعة الأراضي المشار إليها خلالها . وروعى فى قصر هذه المهلة الإضافية على مدة السبع سنوات التالية على العمل بهذا القانون دفع المتصرف إليهم المذكورين إلى مضاعفة جهودهم

« وقد استقر رأى الأجهزة الفنية فى الوزارات والجهات الإدارية المختصة المختلفة إلى وجوب تعديل أحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه على النحو الذى يوفر رعاية الحقوق المشروعة المستقرة لأصحابها من المواطنين منذ ما قبل تاريخ نفاذ ذلك القانون ، ويكفل إقرار ملكياتهم السابقة على هذا التاريخ والاعتراف بها . »

« لذلك فقد أورد القانون المرافق فى المادة ٧٥ منه أحكاماً انتقالية قصد بها إقرار الملكيات السابقة على القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه والاعتداد بها . وقد روى فى صياغة هذه المادة تضييق الحالات التى أقرها القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه فى مادته الخاصة بالنسبة إلى الملكيات العقارية والحقوق المعنية السابقة على تاريخ العمل به ، كما أشير فيها إلى حالات الملكية والحقوق العينية المستندة إلى أحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه ذاته والتى تم إقرارها وفقاً لأحكامه بعد العمل به ، وكذلك فقد أوردت هذه المادة النص على إقرار حالات الملكية السابقة على نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه المستندة إلى حكم الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدنى الجديد (والمادة ٥٧ من القانون المدنى الأهل القديم من قبل) . وقصد من تعداد هذه الحالات فى تلك المادة أن يكون النص عليها جامعاً مانعاً بحيث يقتصر الاعتداد فى تطبيق أحكام القانون المرافق على الحالات المشار إليها القائمة قبل تاريخ العمل به . »

« وروعى بالنسبة إلى حالات الملكية السابقة على نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه المستندة إلى وضع اليد ، اشتراط استمرار وضع اليد على الأرضى الواردة عليها تلك الملكية بطريق الغراس أو الزراعة لمدة سنة كاملة على الأقل قبل العمل بالقانون المذكور ، ذلك رغم أن الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدنى المشار إليها كانت تقضى بأنه إذا زرع مصرى أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولوبغير ترخيص من الدولة ، ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك . والحكمة من اشتراط وضع اليد لمدة سنة كاملة سابقة على تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه بالنسبة إلى الملكيات المشار إليها هو قصر الاعتراف بتلك الملكيات على الحالات التى تزرع فيها الأرض الصحراوية أو يستمر الغرس فيها لمدة سنة زراعية كاملة ، دون -

في استصلاح تلك الأراضي وزراعتها مستقبلاً ، حتى يتيسر تعويضهم في أقصر وقت ممكن عما فاتهم من كسب ، وتعويض ما فوتوه من نفع على المجتمع بفعلهم وبتقصيرهم في إحياء الأرض الموات المباعة إليهم طوال المدة السابقة الممتدة من تاريخ تسلمهم تلك الأراضي .

= الحالات التي تزرع فيها هذه الأراضي أو تفرس بصفة غير منتظمة جزءاً من السنة على مياه الأمطار فقط .

« وتحقيقاً لما استهدف القانون المرافق من إقرار الملكيات السابقة على نفاذه في الأراضي الصحراوية وتأمين استقرارها وتوفير الحماية القانونية لها ، لذلك فقد روي تضمين المواد من ٧٦ إلى ٧٩ من هذا المشروع الأحكام الانتقالية التي تعالج المراحل التي يمر بها الإخطار عن تلك الملكيات ، وتحقيقها ، والفصل في المنازعات المتعلقة بها ، وإصدار المحررات المثبتة لتلك الملكيات المتضمنة الاعتراف بها ، ثم شهر هذه المحررات إلخ .

الباب الثاني

كسب الملكية

بسبب الوفاة

الفصل الأول

الميراث

(Succession)

٢١ - نص قانوني : تنص الفقرة الأولى من المادة ٨٧٥ مدني على ما يأتي :

« تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها » (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن هذا التقنين كان يشتمل على نص (م ٧٧/٥٤) يعرض لأحكام القانون الدولي

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١/١٣٠٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « تعيين الورثة ، وتحديد أنصبتهم في الإرث ، وانتقال أموال التركة إليهم ، تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والتقنيات المستمدة منها ، ما لم يرد فيها نص خاص » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٦ في المشروع النهائي ، بعد حذف العبارة الأخيرة « ما لم يرد فيها نص خاص » . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٤٤ . ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٥ ، بعد الاستعاضة بعبارة « والقوانين الصادرة في شأنها » عن عبارة « والتقنيات المستمدة منها » ، وذلك « لأن المراد هو التشريعات التي تصدر في شأن الميراث » . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٧) .

الخاص في الميراث ، ويقرر أن القانون الواجب التطبيق في هذه المسألة هو قانون الدولة التي ينتمى إليها المتوفى بجنسيته (١) .

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٣/٨٢٥ وم ٨٢٦ (١) وم ٢٠١/٨٣٦ - وفي التقنين المدني

(١) التقنين المدني السابق م ٥٤ وطني : يكون الحكم في الميراث على حسب المقرر في الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها المتوفى . أما حق الإرث في منفعة الأموال الموقوفة ، فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية .

م ٧٧ مختلط : يكون الحكم في الميراث على حسب المقرر في قوانين الدولة التابع لها المتوفى . أما حق الإرث في منفعة الأموال الموقوفة أو في منفعة الأراضي الخراجية ، فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية .

ويتبين من هذه النصوص (وبخاصة من نصوص التقنين المختلط) أن المعنى المقصود هو أن الميراث تتبع فيه أحكام قانون الدولة التي يتبعها المتوفى بجنسيته ، فنكون في صدد قاعدة من قواعد الإسناد تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص لا في نطاق القانون الداخلي . ويكون المقابل لهذه النصوص هو المادة ١٧/١ من التقنين المدني الجديد ، وتجرى على الوجه الآتي : «يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف ، وقت موته» .

هذا وقد صدر في ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ بتعديل المواد ٥٤ ، ١/٥٥ و ١٣٠ من التقنين المدني الأهل بما يجعل نصوص هذه المواد واضحة في المعنى المقصود . فأصبح نص المادة ٥٤ كما يأتي : «يكون الحكم في الميراث والوصايا على حسب المقرر في قانون بلد المتوفى» . وأصبح نص المادة ١/٥٥ كما يأتي : «تراعى أيضاً في أهلية الموصى لعمل الوصية وفي صيغتها الأحكام المقررة لذلك في قانون الموصى» . وأصبح نص المادة ١٣٠ كما يأتي : «الحكم في الأهلية المقيدة والمطلقة يكون على مقتضى قانون بلد العاقد» . وكذلك صدر في نفس التاريخ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ، وقد نص فيه على أن «قوانين الميراث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيهما هي قانون البلد فيما يتعلق بالميراث والوصايا ، على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته في حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى» - أنظر في هذه القوانين ومذكرتها التفسيرية (وقد شرحت في إسباب الأسباب التي دعت إلى إصدار هذه القوانين) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٧ .

الليبي م ١/٨٧٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٠٦ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٠٤ وم ٢٢٨ (أ) وم ٢٣٠-٢٣١ (١) .

ويتبين من النص سالف الذكر أنه عرض للمسائل الرئيسية الثلاث التي يشتمل عليها الميراث ، وهي تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال ملكية هذه الأنصبة إليهم ، وذكر أن الشريعة الإسلامية وما يصدر من قوانين خاصة هي التي تسرى على هذه المسائل . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « وقد حسم المشروع بهذا النص الخلاف القائم في أمرين جوهريين في الميراث . فقضى بأن الشريعة الإسلامية هي التي تطبق في ميراث المصريين حتى لو كانوا غير مسلمين ، وحتى لو اتفقوا جميعاً على تطبيق قانون ملتهم . وجعل

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢/٨٢٥ : كل من اكتسب عقاراً بالإرث أو بنزع الملكية أو بحكم قضائي يكون مالكا له قبل تسجيله ، على أن أثر هذا الاكتساب لا يبدأ إلا اعتباراً من التسجيل . م ٨٢٦ (أ) : يكتسب حق التسجيل في السجل العقاري بالأسباب الآتية : (أ) بالإرث .
 م ١/٨٢٦ ، ٢ : ١ - تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأن الإرث والانتقال . ٢ - لا يمنح الأجنبي حق الإرث في العقارات إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك للسوريين . (وأحكام التقنين السوري تتفق إجمالاً مع أحكام التقنين المصري).
التقنين المدني الليبي م ١/٨٧٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٠٦ : ١ - يكسب الوارث بطريق الميراث المنقولات والعقارات والحقوق الموجودة في التركة . ٢ - وتعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري عليها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة بها . (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .
قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٠٤ (موافق للمادة ٣/٨٢٥ سوري) .

م ٢٢٨ (أ) (مطابق للمادة ٨٢٦ (أ) سوري) .
 م ٢٣٠ : تخضع التركات لأحكام القانون العام .
 م ٢٣١ : لا يكون للأجنبي حق بالإرث أو بالوصية في التركة العقارية إلا إذا كانت قوانين بلاده تبادل السوريين واللبنانيين هذا الحق . وتخضع تركة الأجنبي العقارية بالإرث أو بالوصية لأحكام قوانين بلاده .
 (وأحكام القانون اللبناني تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين السوري ، فيما عدا أن القانون اللبناني لا ينص على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية) .

هذه الشريعة هي التي تنطبق على جميع مسائل الميراث ، ومنها انتقال ملكية التركة إلى الورثة . فيجب إذن تطبيق القاعدة الشرعية المعروفة التي تقضى بالا تركة إلا بعد سداد الدين ، وهي قاعدة رشيدة تفصل ما بين شخصية المورث وشخصية الوارث ، وإذا كانت تغاير النظم اللاتينية ، فإنها تتمشى مع النظم الجرمانية . ولكن الأخذ بهذه القاعدة يقتضى وضع نظام مفصل لتصفية التركات ، فان اغفال هذا النظام في التقنين المدنى الحالى (السابق) أوقع القضاء والفقهاء فى كثير من الارتباك . وقد أراد المشروع أن يتلافى هذا النقص الخطير بوضع نصوص ينظم بها تصفية التركة ، وتعتبر هذه النصوص من أهم ما استحدثت (١) .

وقد أراد المشروع بوضع نظام لتصفية التركة تطبقة جماعية أن يحمى حقوق دائئى التركة . ولكنه لم يجعل هذه التصفية أمرا إجباريا ، فنظم ، عند عدم الالتجاء إلى التصفية اممماعية ، طريقا لحماية الدائنين إذا اتخذوا إجراءات فردية ، وذلك بشهر حقوقهم .

ثم إن قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، ومن بعده قانون السجل العيىى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ ، عالج كل منهما نقضا خطيرا كان ملحوظا فى قانون التسجيل رقم ١٨/١٩ لسنة ١٩٢٣ ، فأصبح الآن واجبا شهر حق الإرث حتى يستطيع الوارث أن يتصرف فى الحقوق التى آلت إليه بالميراث .

وبىخلص مما تقدم أن المسائل التى يجب بحثها فى الميراث هى : (١) تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث . (٢) تنظيم حماية حقوق دائئى التركة عن طريق إجراءات فردية أو إجراءات جماعية (تصفية التركة) . (٣) شهر حق الإرث .

البُحث الأول

تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث

٢٢- الشريعة الإسلامية تطبق جميع المصريين وفي جميع مسائل الميراث :
قدمنا أن التقنين المدني الجديد قد حسم الخلاف في أمرين جوهريين :

(١) فقد قضى بأن الشريعة الإسلامية ، في الميراث تطبق على جميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين (١) . والمذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى واضحة كل الوضوح في هذا الصدد ، إذ تقول : « الشريعة الإسلامية والتقنينات المستمدة منها هي التي تنطبق على ميراث المصريين جميعا ، مسلمين أو غير مسلمين . ولا ينطبق قانون الملة على غير المسلمين ، حتى لو اتفق الورثة جميعا على أن ينطبق . ولم يعد هناك محل للبحث فيما إذا كان قانون الملة هو الذي يحدد الورثة مبدئيا ، لينظر بعد ذلك فيما إذا كان هؤلاء الورثة متفقين على قانون الملة ليطبق نهائيا ، أو مختلفين فتطبق الشريعة الإسلامية . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بذلك أخيرا ، بحللة ماجرت عليه التقاليد من أن الشريعة الإسلامية هي التي تحدد الورثة من أول الأمر ، فإن لم يتفق هؤلاء الورثة على تطبيق قانون الملة طبقت الشريعة الإسلامية نهائيا . وقد قضى المشروع على هذا الخلاف ، فإن الشريعة الإسلامية هي التي تطبق أولا وأخيرا ، ولم يعد هناك محل لتطبيق قانون الملة في أي فرض من الفروض » (٢) .

(١) نقض مدني أول أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٧٨ ص ٤٨٦ .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٦ - وقد كانت الشريعة الإسلامية ، في عهد التقنين المدني السابق ، هي الواجبة التطبيق بوجه عام على موارث جميع المصريين ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين (نقض مدني أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٧ ص ٧٤) ، وذلك ما لم يتفق الورثة الذين تعترف الشريعة الإسلامية بوراثةهم على غير ذلك ، ماداموا يملكون التصرف في حقوقهم . وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة الأساسية في موارث المصريين غير المسلمين أنها تجري وفق أحكام الشريعة الإسلامية ، ما لم يتفق الورثة

(٢) وقضى التقنين المدني الجديد كذلك بأن الشريعة الإسلامية تطبق في جميع مسائل الميراث ، لا فحسب في تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم ، بل أيضا في انتقال ملكية التركة من المورث إلى الوارث .

فنستعرض في إيجاز المسائل المتعلقة بتعيين الورثة وتحديد أنصبتهم ، وهي التي يطبق فيها قانون الميراث وهو مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية . ثم نستعرض كيفية انتقال التركة من المورث إلى الوارث ، ونبين في إيجاز أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد وهي الأحكام الواجب تطبيقها وفقا للمادة ٨٧٥ مدني سالفة الذكر (١) .

= الذين تعترف الشريعة الإسلامية بوراثتهم ويتراضوا على غير ذلك . والقانون الصادر في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب مجالس طائفة الأقباط الأرثوذكس وبيان اختصاصاتها لا يشذ عن تلك القاعدة ، بل إن المادة ١٦ منه وهي التي أشارت إلى مسألة الميراث لم تنص على أن الحكم فيها يكون حسب الشريعة المسيحية ، بل كل ما في الأمر أنها نصت على ما يفيد اختصاص تلك المجالس بالحكم في الوراثة متى قبل كل الورثة اختصاصها . أما أن يكون حكمها فيها بحسب شريعة أخرى غير الشريعة الإسلامية ، فإن عبارة المادة لا يفهم منها هذا ، بل لا بد من أن يتفق كل الورثة على ذلك ، فيعمل باتفاقهم الذين هم أحرار فيه ، ماداموا يكونون أهلا للتصرف في حقيقتهم (نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ بمجموعة المكاتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ٩٩٨ رقم ١) . وانظر أيضاً نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقض ٧ ص ١ - وانظر استئناف محتلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١٨ - أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٥٢ - ٢٧ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٩٧ (يعين قانون الملة الورثة الذين يجب اتفاقهم على إخضاع الميراث لهذا القانون) - أول أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢١٣ .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وتطبق الشريعة الإسلامية في كل أمر يتعلق بالميراث ، فهي التي تعين الورثة ، وتقسيمهم إلى ذوى فروض وعصبات وذوى أرحام ، وتجرى أحكام الحجب والعول والرد وما إلى ذلك من أحكام الميراث ، وتحديد نصيب كل وارث ، وتبين كيف تنتقل ملكية هذا النصيب من المورث إلى الوارث » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٦) .

وحتى لو وجب تطبيق قانون أجنبي على تركة مسلم طبقاً لقواعد الإسناد ، فإن محكمة النقض تستبعد من هذا القانون الأجنبي ما يخالف النظام العام في الشريعة الإسلامية . وقد قضت في هذا المعنى بأنه وفقاً للمادة ٢٨ مدني لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته نصوص القانون إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر . وإذا كان تطبيق =

١٨ - تعيين الورثة ومحرير انصبااتهم

٢٣- قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ وما عرضه من المسائل :
كانت المحاكم الشرعية تطبق ، في تعيين الورثة وتحديد انصبااتهم ، أحكام المذهب الحنفي في أرجح أقواله ، وكانت هذه الأحكام غير مقننة . وقد روى ، حتى قبل إدماج المحاكم الشرعية في المحاكم الوطنية ، أن هناك حرجا في الاقتصار على أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة . فهناك مسائل في المذهب الحنفي وقع فيها اختلاف في ترجيح الأقوال ، أو لم ينص على ترجيح ، فتضاربت الأحكام باختلاف نظر القضاة . وهناك حوادث تدعو المصلحة إلى أن يكون الحكم فيها بالمرجوح من أقوال المذهب الحنفي ، أو بأحكام المذاهب الأخرى . فاستقر الرأي على وضع تقنين شامل للأحوال الشخصية وللأوقاف والمواريث والوصية ، تختار أحكامه من المذاهب الإسلامية المختلفة ، ويراعى فيها ما يلائم حالة البلاد وما يساير رقيها الاجتماعي . فصدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بأحكام المواريث ، والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف ، والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوصية .

والذي يعنينا هنا هو قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، وقد قسم أبوابا ثمانية : الباب الأول في أحكام عامة وموانع الإرث ، والباب الثاني في أسباب الإرث وأنواعه ، والباب الثالث في الحجب ، والباب

= القانون الفرنسي على واقعة الدعوى من شأنه حرمان كل من الزوج والأخ من الإرث ، بينما تعتبرهما الشريعة الإسلامية وأحكام قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ من أصحاب الفروض والعصبات ، وكانت أحكام المواريث الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة تعتبر في حق المسلمين من النظام العام في مصر ، إذ هي وثيقة الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي الذي استقر في ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبي عليها ، مما لا ييسر القاضي الوطني معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها في الخصومات التي ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين (نقض مدني ٢٧ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٥ ص ٧٢٧) .

الرابع في الرد . والبلب الخامس في إرث ذوى الأرحام ، والباب السادس في الإرث بالعصوبة السببية ، والباب السابع في استحقاق التركة بغير إرث ، والباب الثامن في احكام متنوعة .

ولا نعرض لشرح ما اشتملت عليه هذه الأبواب من الأحكام ، فؤى من مباحث كتب الفقه الإسلامى . ولكنتا نستعرض هنا في إيجاز تام ، من خلال هذه الأبواب الثمانية ، ما ينطوى تحت عبارة « تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم » من المسائل الرئيسية .

٢٤ - **الأحكام العامة في الميراث** : ففي الأحكام العامة ، يقرر قانون المواريث أن سبب استحقاق الإرث هو موت المورث أو اعتباره ميتا بحكم القاضى في حالة المفقود ، وموت المورث هو واقعة مادية تنقل ملكية التركة من المورث إلى الوارث . ويجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتا ، فاذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولا كما في حالة الغرقى والهدمى والحرقى فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر .

ويستحق من التركة قبل إرث الورثة : (١) ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته . (٢) ديون الميت . (٣) ما أوصى به في الحد الذى تنفذ فيه الوصية .

ويمنع من الإرث : (١) قتل الوارث للمورث عمدا ، إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل بالغاً من العمر خمس عشرة سنة ، ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى . ويعتبر في حكم القتل أن يشهد الوارث على المورث شهادة زور تؤدى إلى الحكم على المورث بالإعدام ، مع تنفيذ هذا الحكم . (٢) اختلاف الدين والدار . فلا توارث بين مسلم وغير مسلم ، ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض . واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين ، ولا يمنع من الإرث بين غير المسلمين إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبي عنها .

٢٥ - الإرث بالفرضه (أصحاب الفروضه) : ويبدأ في التوريث بأصحاب الفروض ، وهم :

(١) الأب والجد الصحيح : ولكل منهما فرض السدس إذا وجد للميت ولد أو ولداين وإن نزل .

(٢) أولاد الأم : ولأولاد الأم فرض السدس ، والثلاث للثنتين فالأكثر ، ذكورهم وإناثهم في القسمة سواء^(١) . ويحجب أولاد الأم كل من الأب والجد الصحيح وإن علا ، والولد ووالد الابن وإن نزل .

(٣) الزوج والزوجة : وللزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل ، والربع مع الولد أو ولد الابن وإن نزل . وللزوجة . ولو كانت مطلقة رجعيًا^(٢) إذا مات الزوج وهي في العدة ، أو الزوجات ، فرض الربع عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل ، والثلث مع الولد أو ولد الابن وإن نزل .

(٤) البنات وبنات الابن : وللواحدة من البنات فرض النصف ، وللثنتين فأكثر الثلثان . وبنات الابن الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود بنت أو بنت ابن أعلى منهن درجة . ولهن واحدة أو أكثر السدس مع البنت أو بنت الابن الأعلى درجة . ويحجب كل من الابن وابن الابن وإن نزل ، بنت الابن التي تكون أنزل منه درجة) . ويحجبها أيضا بنتان أو بنتا ابن أعلى منها ما لم يكن معها من يعصبها .

(٥) الأخوات الشقيقات والأخوات لأب : وللواحدة من الأخوات الشقيقات فرض النصف ، وللثنتين فأكثر الثلثان . وللأخوات لأب الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود أخت شقيقة ، ولهن واحدة أو أكثر السدس مع الأخت الشقيقة . ويحجب الأخت الشقيقة كل من الابن وابن

(١) وإذا استغرقت الفروض التركة ، يشارك أولاد الأم الأخ الشقيق أو الإخوة الأشقاء بالانفراد أو مع أخت شقيقة أو أكثر ، ويقسم الثلث بينهم جميعاً ذكورهم وإناثهم في القسمة سواء .

(٢) فإن كان الطلاق بائناً ، ولوبيئونة صغرى ، منع ذلك من الميراث شرعاً (نقض مدني ١٣ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٨ ص ١٠٤٥) .

الابن وإن نزل ، والأب - ويحجب الأخت لأب كل من الأب والابن وابن الابن وإن نزل . كما يحجبها الأخ الشقيق والأخت الشقيقة إذا كانت عصبه مع غيرها والأختان الشقيقتان إذا لم يوجد أخ لأب .

(٦) الأم والجددة الصحيحة : وللأم فرض السدس مع الوالد أو والد الابن وإن نزل . أو مع اثنين أو أكثر من الأخت والأخوات . ولذا التث في غير هذه الأحوال . غير أنها إذا اجتمعت مع أحد الزوجين والأب فقط ، كان لها ثلث مابق بعد فرض الزوج . والجددة الصحيحة هي أم أحد الأبوين أو الجد الصحيح وإن عات . وللجددة الصحيحة أو الجدات السدس . ويقسم بينهما على السواء لا فرق بين ذات قرابة وذات قرابتين . وتحجب الأم الجددة الصحيحة مطلقا ، وتحجب الجددة القريبة الجددة البعيدة ، ويحجب الأب الجددة لأب . كما يحجب الجد الصحيح الجددة إذا كانت أصلا له .

هذا وإذا زادت أنصباء أصحاب الفروض على التركة ، قسمت بينهم بنسبة أنصبتهم في الإرث . وهذا هو العول . ففي زوج وشقيقتين للزوج النصف فرضا وللشقيقتين الثلثان فرضا ، فزاد مجموع الأنصباء على الواحد الصحيح . فتقسم التركة بينهم بنسبة أنصبتهم . ويكون للزوج ثلاثة أسباع التركة وللشقيقتين أربعة أسباعها .

وعلى العكس من ذلك ، إذا لم تستغرق الفروض التركة ، ولم توجد عصبه من النسب ، رد الباقي على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فرض كل منهم . ففي بنت وزوجة للبنت النصف فرضا وللزوجة الثمن فرضا ، ويرد باقي التركة وهو ثلاثة الأثمان على البنت دون الزوجة . ويرد باقي التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبه من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية أو أحد ذوى الأرحام . فإذا مات الزوج ، ولم يترك من أصحاب الفروض إلا الزوجة ، وليست له عصبه من النسب ولا أحد من ذوى الأرحام ، أخلفت الزوجة ربع التركة فرضا وثلاثة أرباعها ردا . ونرى من ذلك أن الرد، في أحواله المختلفة، هو نفيض العول .

٢٦ - الإرث بالتعصيب (المصبات) : وإذا لم يوجد أحد من ذوى الفروض ، أو وجد ولم تستغرق الفروض التركة ، كانت التركة أو ما بقى منها بعد الفروض للعصبة من النسب . والعصبة من النسب ثلاثة أنواع :

(١) العصبة بالنفس وهم جهات أربع ، مقدم بعضها على بعض فى الإرث على الترتيب الآتى : (١) البنوة ، وتشمل الأبناء وأبناء الابن وإن نزل . (٢) الأبوة ، وتشمل الأب والجد الصحيح وإن علا . (٣) الأخوة ، وتشمل الإخوة الأشقاء والإخوة لأب وأبناء الأخ الشقيق وأبناء الأخ لأب وإن نزل كل منهما . (٤) العمومة ، وتشمل أعمام الميت وأعمام أبيه وأعمام جده الصحيح وإن علا سواء أكانوا لأبوين أم لأب ، وأبناء من ذكر وأبناء أبنائهم وإن نزلوا .

وإذا اتحدت العصبة بالنفس فى الجهة ، كان المستحق للإرث أقربهم درجة إلى الميت . فيقدم الابن على ابن الابن فإذا اتحدوا فى الجهة والدرجة ، كان التقديم بالقوة ، فمن كان ذا قرابتين للميت قدم على من كان ذا قرابة واحدة . فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب . فإذا اتحدوا فى الجهة والدرجة والقوة . كان الإرث بينهم على السواء ، فتنصف التركة أو ما يبقى منها بعد الفروض بين الابنين أو بين الأخوين الشقيقين . والمراد من التقديم سالف الذكر هو التقديم فى الإرث بالتعصيب ، فلا ينفى هذا أن الأب مثلا يرث بالفرض مع الابن الذى يرث وحده بالتعصيب باقى التركة بعد فرض الأب ، فيرث الأب السدس ويرث الابن خمسة الأسداس .

(ب) العصبة بالغير وهم : (١) البنات مع الأبناء . (٢) بنات الابن وإن نزل مع أبناء الابن وإن نزل إذا كانوا فى درجتهم مطلقا أو كانوا أنزل منهم إذا لم ترثن بغير ذلك . (٣) الأخوات الشقيقات مع الإخوة الأشقاء . والأخوات لأب مع الإخوة لأب . ويكون الإرث بينهم ، فى جميع هذه الأحوال ، للذكر شل حظ الانثيين .

(ح) العصبية مع الغير وهن : الأخوات الشقيقات أو لأب يصبحن عصبية إذا اجتمعن مع البنات أو بنات الابن وإن نزل ، فيكون ذن الباقي من التركة بعد الفروض . وفي هذه الحالة يعتبرون بالنسبة إلى باقي العصبيات في مقام الأخوة الأشقاء أو لأب ، ويأخذون أحكامهم في التقديم بالجهة والدرجة والقوة (١) .

٢٧ - **أمر ذوى الأرحام** : وإذا لم يوجد أحدهم من العصبية بالنسب ، ولا أحد من ذوى الفروض النسبية ، كانت التركة ، أو الباقي منها في حالة وجود الزوج أو الزوجة ، لذوى الأرحام . وذوو الأرحام أربعة أصناف مقدم بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي :

الصنف الأول - أولاد البنات وإن نزلوا ، وأولاد بنات الابن وإن نزل .

الصنف الثاني - الجد غير الصحيح وإن علا ، والجدة غير الصحيحة وإن علت .

الصنف الثالث - أبناء الإخوة لأم وأولادهم وإن نزلوا ، وأولاد الإخوات الشقيقات أو لأب أو لأم وإن نزلوا ، وبنات الإخوة الأشقاء أو لأب أو لأم وأولادهم وإن نزلوا ، وبنات أبناء الإخوة الأشقاء أو لأب وإن نزلوا . وأولادهم وإن نزلوا .

(١) هذا وإذا اجتمع الأب أو الجد مع البنت أو بنت الابن وإن نزل ، استحق الأب السدس فرضاً ، واستحققت البنت أو بنت الابن النصف فرضاً ، ثم استحق الأب أو الجد باقي التركة أى الثلث بطريق التعصيب .

وإذا اجتمع الجد مع الإخوة الأشقاء أو لأب والأخوات الشقيقات أو لأب ، كانت له حالتان : الأولى أن يقاسمهم كأخ إن كانوا ذكوراً فقط ، أو ذكوراً وإناثاً ، أو إناثاً عصبن مع الفرع الوارث من الإناث . والثانية أن يأخذ الباقي بعد الفروض ، بطريق التعصيب ، إذا كان مع أخوات لم يعصبن بالذكور أو مع الفرع الوارث من الإناث . على أنه إذا كان الإرث بالتعصيب أو المقاسمة على الوجه المتقدم تحرم الجد من الإرث أو تنقصه عن السدس ، اعتبر صاحب فرض بالسدس . ولا يعتبر في المقاسمة من كان محجوباً من الإخوة أو الأخوات لأب .

الصف الرابع - ويشمل ست طوائف مقدما بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي : (الطائفة الأولى) أعمام الميت لأم وعماته وأخواله وخالاته لأبوين أو لأحدهما . (الطائفة الثانية) أولاد من ذكروا في الطائفة الأولى وإن نزلوا ، وبنات أعمام الميت لأبوين أو لأب ، وبنات أبنائهم وإن نزلوا ، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا . (الطائفة الثالثة) أعمام أبي الميت لأم وعماته وأخواله وخالاته لأبوين أو لأحدهما ، وأعمام أم الميت وعماتها وأخوالها وخالاتها لأبوين أو لأحدهما . (الطائفة الرابعة) أولاد من ذكروا في الطائفة الثالثة وإن نزلوا . وبنات أعمام أبي الميت لأبوين أو لأب وبنات أبنائه وإن نزلوا ، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا . (الطائفة الخامسة) أعمام أب أب الميت لأم ، وأعمام أب أم الميت وعماتهما وأخوالهما وخالاتهما لأبوين أو لأحدهما ، وأعمام أم أم الميت وأم أبيه وعماتهما وأخوالهما وخالاتهما لأبوين أو لأحدهما . (الطائفة السادسة) أولاد من ذكروا في الطائفة الخامسة وأن نزلوا ، وبنات أعمام أب أب الميت لأبوين أو لأب ، وبنات أبنائهم وإن نزلوا . وأولاد من ذكروا وإن نزلوا ، وهكذا (١) .

(١) والمواد ٣٢ - ٣٧ من قانون الموارث تبين ، في كل صنف من الأصناف الثلاثة الأولى من ذوى الأرحام ، وفي كل طائفة من الطوائف الست في الصف الرابع ، من يتقدم على غيره في الإرث من أفراد الصنف أو الطائفة . هذا ويوجد بعد إرث ذوى الأرحام إرث بالعصوبة السببية ، ثم استحقاق المقر له بالنسب للتركة .

ويشتمل الباب الثامن والآخر من قانون الموارث على أحكام متنوعة ، تتناول توريث الحمل وإرث المفقود وإرث الخنثى المشكل وإرث ولد الزنا وولد اللعان والتخارج . ونجتزئ بهذه الإشارة ، بعد أن قدمنا من المسائل التي اشتمل عليها قانون الموارث ما فيه الكفاية .

§ ٢ - انتقال التركة من المورث الى الوارث

٢٨ - المسائل التي يتناولها البحث : ولم يتناول قانون المواريث كيفية انتقال التركة من المورث إلى الوارث ، إذ لم يعتبر هذا الموضوع من موضوعات الأحوال الشخصية . فالأمر هنا يتعلق بالميراث باعتباره سبباً من أسباب كسب الملكية ، تنتقل به ملكية التركة من المورث إلى الوارث . فهو يدخل إذن في الأحوال العينية (الأموال) لا في الأحوال الشخصية . ولكن أحكام الشريعة الإسلامية مع ذلك هي التي تسرى في شأنه . وقد صرحت بذلك المادة ٨٧٥ مدني (١) كما رأينا .

(١) وقد احتدم الخلاف ، في وقت ما في عهد التقنين المدني السابق ، فيما إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي التي تسرى في هذا الموضوع . وكان الرأي الراجح وجوب سريان هذه الأحكام ، فإذا باع الوارث عيناً من أعيان التركة كان لدائني التركة أن يتتبعوا هذه العين في يد المشتري وينفذوا عليها . وذهب رأي مرجوح إلى عدم الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ، فلا يكون لدائني التركة حق تتبع العين في يد المشتري ، وليس أمامهم إلا التنفيذ على أموال الوارث الشخصية وعلى ما بقى في يده من أموال التركة ، مع الاحتفاظ بحق الطعن في تصرف الوارث بالدعوى البولصية إذا توافرت شروطها .

ويستند أصحاب الرأي الأول إلى أن المشرع في عهد التقنين المدني السابق قد أخضع لأحكام الشريعة الإسلامية الميراث في جميع مسائله ، لا فحسب من حيث تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث ، بل أيضاً باعتبار الميراث سبباً لكسب الملكية وانتقالها من المورث إلى الوارث . ولما كان الوارث في الشريعة الإسلامية لا يستمر فيه شخص مورثه ولا يحل محل المورث في التزاماته ، فإن ديون المورث تتعلق بالتركة . وتبقى التركة ضامنة لديون المورث بعد موته كما كان ماله ضامناً لها حال حياته ، ولا يرث الوارث إلا ما يتبقى بعد سداد الديون إذ لا تركة إلا بعد سداد الدين . أما حق الدائنين في الشريعة الإسلامية فهو أشبه بحق الاختصاص أو الرهن على جميع التركة ، فإذا باع الوارث عيناً من أعيان التركة قبل سداد الدين ، كان للدائن أن يتتبعها في يد المشتري ويستوفي منها حقه . هذا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، أما إذا كانت غير مستغرقة فللدائنين كذلك حق رهن عام بمقدار الديون التي لهم ، لأن التركة مثقلة بهذه الديون . ولكن الفقهاء أباحوا للورثة التصرف في أعيان التركة ، لأن ضمان الدائنين هي التركة جميعها لا عين بالذات . على أن حق الورثة في التصرف يقف حين لا يبقى في التركة إلا ما يكفي للوفاء بالديون ، وكل تصرف زاد على هذا الحد فهو غير نافذ في حق الدائنين ، وللدائنين أخذ حقوقهم من أعيان التركة حيث توجد إذا لم يكن الباقي منها في أيدي الورثة كافياً للوفاء بهذه الحقوق . أنظر في هذا الرأي -

فيعتدنا إذن ، مادمنا نعرض للميراث باعتباره سبباً من أسباب كسب الملكية ، أن نبين أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع ، فإن هذه الأحكام هي الواجبة التطبيق فيما نحن بصدده .

ومن ثم نتناول بالبحث المسائل الآتية : (١) انتقال حقوق التركة إلى الورثة . (٢) متى تنتقل حقوق التركة إلى الورثة . (٣) هل تنتقل ديون التركة إلى الورثة أسوة بحقوقها وما هو مدى نطاق القاعدة التي تقضي ألا تركة إلا بعد سداد الدين . (٤) حكم تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الديون وما يجب من الحماية لحقوق دائي التركة .

= عبد الحميد بدوي في مجلة مصر المعاصرة ١٩١٤ ص ١٤ وما بعدها - وملاحظات عزيز كحيل وعبد الخالق ثروت وعبد الحميد مصطفى ومحمد حلمي عيسى في ص ٤٠ - وانظر من أحكام القضاء في هذا الرأي ما أشير إليه في الوسيط ٤ فقرة ١٨٩ ص ٣٣٦ هامش ١ - ومن أصحاب هذا الرأي من يذهب إلى حد القول بحلول الديون الموجبة بموت المدين وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية (على زكي العراقي في مركز الوارث في الشريعة الإسلامية سنة ١٩١٣ - وانظر مقالا له في المحاماة السنة الأولى العدد الخامس) . ويلاحظ على أصحاب هذا الرأي الأول أنهم يستلزمون في إخضاع الميراث لأحكام الشريعة الإسلامية إلى المادة ٥٤ / ٧٧ من التقنين المدني السابق ، والصحيح أن هذا النص هو من نصوص الإسناد في القانون الدولي الخاص لا من نصوص القانون الداخلي . وإنما يرجع إخضاع الميراث لأحكام الشريعة الإسلامية إلى أن القوانين المصرية تركت جميع مسائل الميراث لأحكام الشريعة الإسلامية ، ولم يتعرض لها المشرع المصري بأي حكم موضوعي . وقد كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي السارية في الميراث ، فبقيت سارية حتى بعد صدور التقنين المدني الجديد مادام أنها لم تنسخ بأي نص من نصوص هذا القانون .

أما أصحاب الرأي الثاني فيذهبون إلى أن الشريعة الإسلامية إنما تسرى في تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث ، لا في كيفية انتقال المالك من المورث إلى الورثة فذلك ليس متصلاً بالأحوال الشخصية ، بل هو داخل في أسباب كسب الملكية فتسرى في شأنه المبادئ العامة في القانون المدني . ومن ثم يجب أن تفصل أموال التركة عن أموال الوارث الشخصية ويقدم المورث على دائي الوارث في اقتضاء حقوقهم من أموال التركة ، لأن حق الضمان العام الذي كان لهم في حياة المورث لا يزال باقياً كما كان ما دام المملان منفصلين . ولكن طبيعة هذا الحق لا تتغير فلا يصير حيناً بالموت ، ولا يكون لدائن حق تتبع العقار إذا خرج من يد الوارث بالبيع إلا إذا كان المشتري سيء النية . وشأن الدائن أمام تصرف الوارث هو شأنه أمام تصرف المورث بلا فرق ، له أن يظن في تصرف الوارث بالهوى البولصية إذا توافرت شروطها كما كان له فذلك بالنسبة إلى تصرف المورث . ولكن الوارث =

٢٩ - انتقال حقوق التركة الى الورثة : تنتقل جميع حقوق الوارث

المالية - وهذه هي حقوق التركة - إلى الورثة عن طريق الميراث بوفاة المورث . إذ الوارث خلف المورث في الحقوق المالية . وقد قلنا في هذا المعنى في الجزء الخامس من مصادر الحق في الفقه الإسلامي : « وإذا كان الفقه الإسلامي سلم بانتقال الحق إلى الوارث ، فذلك بفضل خلافة الوارث للمورث . فكرة الخلافة هذه تقضي بأن الوارث يقوم مقام المورث ويخلفه ، فيجب إذن أن يخلفه في مجموع الحقوق لا في حق معين بالذات ، فينتقل إلى الوارث هذا المجموع من الحقوق . بل لعل الأدق

= التزم في أمواله الخاصة بقيمة ما تصرف فيه من أموال التركة ، وليس لدائنيه أن يتضرروا من ذلك لأن كل تصرفاته واقعة نتائجها على أمواله ، ولا سبيل إلى منعه من التصرف إلا بالحجر . أنظر في هذا الرأي أحمد عبد اللطيف في المحاماة السنة الثانية العدد الثالث - عبد الوهاب محمد في الشرائع السنة الأولى ص ٥٧ - وانظر من أحكام القضاء في هذا للرأي ما أشير إليه في الوسيط : فقرة ١٨٩ ص ٣٣٦ هامش ١ .

وقد أخذت محكمة النقض ، في عهد التقنين المدني السابق ، بالرأي الأول . فقضت بأن التركة عند الحنفية ، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة ، تنتقل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائني المتوفى يخولهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها بالتقدم على سواهم من تصرف لهم الوارث أو من دائنيه . وهذا هو القانون الواجب على المحاكم المدنية تطبيقه إذا ما تعرضت للفصل في مسائل المواريث بصفة فرعية . ولا يحول دون ثبوت هذا الحق العيني لدائني التركة اتعمل بأن الحقوق العينية في القانون المدني وردت على سبيل الحصر ، وبأن حق الدائن هذا من نوع الرهن القانوني الذي لم يرد في التشريع الوضعي ، وذلك لأن عينية الحق مقررة في الشريعة الإسلامية . وهي على ما سبق القول القانون في المواريث . وإذن فالحكم الذي ينشأ حق الدائن في تتبع أعيان تركة مدينه تحت يد من اشتراها ، ولو كذا المشتري حسن النية وكان عقده مسجلاً ، مخالف للقانون (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمره ٥ رقم ١٥٩ ورقم ١٦٠ ص ٣٥٦) .

أنظر في كل ذلك : الوسيط ٤ فقرة ١٨٩ ص ٣٣٦ هامش ١ - رسالة الدكتور على إبراهيم الرجال في مدى تعلق حق الغرماء بالتركة - رسالة الدكتور حسن بغدادى في التفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال للعينية ص ٢٠١ وص ٣٢٧ وص ٣٣٦ - أحمد نجيب الهلالي وحلمد زكى في البيع فقرة ١٩٩ - فقرة ٢٠٤ - حامد زكى في المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية مجلة القانون الاقتصاد السنة الرابعة - محمد على صوة ٢ فقرة ٣٦٧ - محمد كامل مرسى ٥ فقرة ١٠٣ - فقرة ١٠٦ .

أن يقال إن الوارث هو الذى ينتقل ليحل محل مورثه فى مجموع حقوقه ،
 فيقوم مقامه فى هذه الحقوق ويخلفه عليها . ومثل الوارث الموصى له
 بجزء من مجموع الحقوق ، فان نظرية الخلافة تتسع له كما اتسعت للوارث ،
 إذ أن كليهما يخلف الميت فى مجموع الحقوق لافى حق معين بالذات ^(١) .
 ويؤيد ذلك ما ذهب إليه الحنفية من أن حق التعلّى مستقلاً عن البناء المستعلّى
 ينتقل بالميراث ، ولا ينتقل بالبيع . وذلك لأن انتقاله بالميراث لا يكون
 باعتباره حقاً معيناً بالذات . بل باعتباره عنصراً داخلاً فى مجموع المال الذى
 خلف عليه الوارث المورث . أما انتقاله بالبيع فلا يجوز ، لأن البيع لا ينقل
 إلا حقاً معيناً بالذات ، ولا يكون حق التعلّى حقاً معيناً بالذات إلا إذا
 كان تابعاً للبناء المستعلّى ^(٢) .

والحقوق التى تنتقل إلى الوارث هى الحقوق المالية ، فتنقل إليه ملكية
 أعيان التركة ، والحقوق العينية الأصلية الأخرى التى للمورث إلا ما كان
 منها ينقضى بالموت كحق الانتفاع ، والحقوق العينية التبعية كحق الرهن
 وحق الاختصاص وحقوق الامتياز ^(٣) . أما ما كان من الحقوق ليس
 حقاً مالياً ، وما كان حقاً مالياً ولكنه متصل بشخص المورث ، وما اتصل
 بمشيئة المورث لا بماله ، فان شيئاً من هذا لا ينتقل إلى الوارث . لأن
 طبيعة الحق تستعصى على هذا الانتقال ، وتأتى إلا بقاء الحق مع صاحبه
 الأصلى وزواله بموته .

(١) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف جزء ٥ ص ٨٠ .

(٢) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف جزء ٥ ص ٨٠ هامش ١ .

(٣) وينتقل إلى الوارث أيضاً الحق فى إبطال العقد ، إذ هو حق مالى ينتقل بالميراث .
 وقد قضت محكمة النقض بأن للقاصر فى حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله
 قانوناً ، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفاً عاماً له يحل محل سلفه فى كل
 ماله وما عليه ، فتؤول إليه جميع الحقوق التى كانت لسلفه . وإذا كان موضوع طلب الإبطال
 تصرفاً مالياً ، فانه بهذا الوصف لا يكون حقاً شخصياً محضاً متعلقاً بشخص القاصر بحيث
 يمتنع على الخلف العام مباشرته (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض
 ٩ ص ١٦١) .

ومثل الحقوق غير المالية حق الحضانة وحق الولاية على النفس وحق الولاية على المال ، فهذه كلها لا تنتقل إلى الوارث لأنها حقوق غير مالية .

ومثل الحقوق المالية المتصلة بشخص المورث الحق في النفقة : سواء كان الدائن بها زوجة أو قريباً . فلا ينتقل هذا الحق إلى الوارث بعد موت الدائن بالنفقة ، وذلك ما لم يأذن القاضي للدائن بالاستدانة ويستدين فعلاً . كذلك حق الرجوع في الهبة حين يجوز الرجوع حق متصل بشخص الواهب . فلا ينتقل منه إلى وارثه ، بل يسقط بموته . وقد أكدت هذا المعنى المادة ٥٠٢ مدني . حين جعلت من موانع الرجوع في الهبة موت أحد طرفي العقد . الواهب أو الموهوب له . وحق الأجل في الدين قام فيه خلاف من حيث اتصاله بشخص المدين لا بشخص الدائن . فهو يورث عن الدائن دون خلاف في ذلك . فإذا مات الدائن قبل حلول الأجل بقي الأجل على حاله ولم يحل الدين . وعلى ورثة الدائن أن يتربصوا حتى يحل الأجل ليطالبوا بحق مورثهم . أما إذا مات المدين قبل حلول الأجل : فمن يقول باتصال الأجل بشخص المدين لا يجعل الأجل ينتقل إلى الوارث فينتفع بما بقي منه كما كان ينتفع المدين لو بقي حياً . وعلى ذلك يسقط الأجل بموت المدين ولا ينتقل إلى الوارث ، فيحل الدين ولو لم يحل أجله . وظاهر أن هذا القول يتعارض مع ما هو مقرر في القانون المصري من أن الأجل في الدين متصل بالدين ذاته لا بشخص المدين . بل هو وصف في الدين . فإذا مات المدين لم يحل الدين إذا كان الأجل لم ينقض . وقد حصرت المادة ٢٧٣ مدني أسباب سقوط حق المدين في الأجل ، وليس الموت من بينها ، فالأجل إذن لا يسقط بموت المدين . ولا شك في أن هذا هو القانون الوضعي في مصر ، فلا تجوز مخالفته . بقي أن نتلمس قولاً في الفقه الإسلامي يتفق مع هذا الحكم ، حتى لا يتعارض الفقه الإسلامي مع أحكام القانون في مسألة قلنا إن أحكام الشريعة الإسلامية تسري في شأنها . وفي مذهب مالك لا يسقط الأجل بموت المدين ،

إذا اشترط المدين بقاء الدين مؤجلاً بعد موته إلى أن ينقضى الأجل (١) . ولكن هذا لا يكفي ، إذ يكون الأصل في الأجل عند مالك أن يسقط بموت المدين إلا إذا اشترط المدين بقاءه بعد موته . أما في القانون المصري فالأجل لا يسقط بموت المدين ، سواء اشترط المدين بقاءه بعد موته أو لم يشترط . والأقرب إلى القانون المصري في هذه المسألة هو رواية في المذهب الحنبلي (٢) ، ففي هذا المذهب روايتان في سقوط الأجل بموت المدين ، إحداهما أن الأجل لا يسقط بموت المدين إذا وثق الورثة الدين (٣) . ومعنى توثيق الورثة للدين أن يقدموا ضماناً للدائن يأمن به

(١) أنظر على الخفيف في بحثه في تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته المنشور في مجلة للقانون والاقتصاد السنة العاشرة العدد الخامس والسادس ص ٢٣ - وانظر أيضاً محمد أبو زهرة في أحكام التركات والمواريث ص ٣٨ - ص ٣٩ .

(٢) وغنى عن البيان أننا لا نلتزم ، في الملاءمة ما بين أحكام القانون الوضعي وأحكام الشريعة الإسلامية ، أرجح الأقوال في المذهب الحنفي ، فهذا لا يشترط إلا في الأحوال الشخصية فيما لم يرد في شأنه نص تشريعي . وفي غير ذلك يجوز الاستناد إلى المرجوح من الأقوال في المذهب الحنفي ، وإلى غير المذهب الحنفي من المذاهب الفقهية الأخرى حتى لو كان مذهباً غير المذاهب الأربعة المعروفة ، وإلى أية رواية من الروايات التي وردت في هذه المذاهب المختلفة .

(٣) وقد جاء في المغني (وهو من كتب الفقه الحنبلي) في هذا الصدد : «إن مات وعليه دين مؤجل ، فهل تحمل بالموت ؟ فيه روايتان . إحداهما لا تحمل إذا وثق الورثة ، وهو قول ابن سيرين وعبد الله بن الحسن وإسحاق وأبي عبيد ، وقال طاوس وأبو بكر بن محمود الزهري وسعيد بن إبراهيم الدين إلى أجله ، وحكى ذلك عن الحسن . والرواية الأخرى أنه يحل بالموت ، وبه قال الشعبي والنخعي وسوار ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي . لأنه لا يخلو إما أن يبقى في ذمة الميت ، أو الورثة ، أو يتعلق بالمال . لا يجوز بقاؤه في ذمة الميت ، تحريمها وتعذر مطالبتها بها . ولا في ذمة الورثة لأنهم لم يلتزموها ولا رضوا صاحب الدين بذمهم وهي مختلفة متباينة . ولا يجوز تعليقه على الأعيان وتأجيله ، لأنه ضرر بالميت وصاحب الدين ولا نفع للورثة فيه . أما الميت فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال الميت مرتين بدينه حتى يقضى عنه . وأما صاحبه ، فيتأخر حقه ، وقد تلفت العين فيسقط حقه . وأما الورثة ، فانهم لا ينتفعون بالأعيان ولا يتصرفون فيها ، وإن حصلت لهم منفعة فلا يسقط حق الميت وصاحب الدين لمنفعة لهم . ولنا . . أن الموت ما جعل مبطلاً للحقوق ، وإنما هو ميقات للخلافة وعلامة على الوراثة . وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم من ترك حقاً أو مالا فلورثته . . فمل هذا يبقى الدين في ذمة الميت كما كان ، ويتعلق ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المقلس»

على حقه ، وهذا هو نفس ماتقضى به المادة ٢/٨٩٥ مدني في تصفية
التركة تصفية جماعية ، إذ تقول : « وترتب المحكمة لكل دائن من دائني
التركة تأمينا كافيا على عقار أو منقول . على أن تحتفظ لمن كان له تأمين
خاص بنفس هذا التأمين . فان استحال تحقيق ذلك . واو باضافة ضمان
تكميلي يقدمه انورثة من مالهم الخاص ، أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى ،
ربت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها » . وإذا لم تصف التركة
تصفية جماعية . ففي تأشير الدائن بحقه ، وفقا لأحكام المادة ٩١٤ مدني
وسياتي تفصيل ذلك فيما يلي . ضمان كاف بطمئن معه الدائن إلى استيفاء
حقه من التركة حتى مع بقاء الأجل قائما بعد موت المدين ، ويقوم هذا
الضمان مقام توثيق الورثة للدين .

ومثل الحقوق المالية التي تتصل بمشيئة المورث لا بماله الخيارات ،
وحق الأخذ بالشفعة ^(١) . وأهم الخيارات هي خيار الشرط وخيار
الرؤية وخيار التعيين وخيار العيب وخيار فوات الوصف . ويذهب
الحنفية إلى أن هذه الخيارات لا تورث . إذ هي متصلة بشخص صاحب
الخيار ، وليست إلا اتجاهها لإرادته ومظهرها من مظاهر مشيئته . وايس
للإرادة أو المشيئة بقاء بعد الموت ، فتنهى به ولا تنتقل إلى الوارث .
إلا أن كلا من خيار التعيين وخيار العيب وخيار فوات الوصف يثبت
للوارث بعد موت المورث ابتداء ، لا بطريق الوارثة والحلافة ، لأن
هذه الخيارات إنما تثبت لعل تحققت في العين ذاتها . فخيار التعيين

= عند الحجر عليه. فان أحب الورثة أداء الدين (عند حلول أجله) والتزامه للغيرم ويتصرفون
في المال ، لم يكن لهم ذلك إلا أن يرضى الغيرم أو يوثقوا الحق بضمين ملء أو رهن يثق به
لوفاء حقه ، فانهم قد لا يكونون أملاء ولم يرض بهم الغيرم ، فيؤدي ذلك إلى فوات الحق . . .
وإن مات مفلس وله غرماء بعض ديونهم مؤجل وبعضها حال ، وقلنا المؤجل يحل بالموت .
تساووا في التركة فاقسموها على قدر ديونهم . وإن قلنا لا يحل بالموت ، نظرنا . فان وثق
الورثة لصاحب المؤجل اختص أصحاب الحال بالتركة ، وإن امتنع الورثة عن التوثيق حل
دينه وشارك أصحاب الحال لثلا يفضى إلى إسقاط دينه بالكلية » (المنفى ٤ ص ٤٨٥ -
ص ٤٨٧) .

(١) سنعرض ، عند الكلام في الشفعة لما إذا كان حق الأخذ بالشفعة ينتقل إلى الوارث
(أنظر مايلى فقرة ١٦٣) .

يثبت نتيجة لاختلاط المال ، وكل من خيار العيب وخيار فوات الوصف يثبت لضياح بعض المال أو نقصه . وهذه العلل تبقى قائمة حتى بعد انتقال العين إلى الوارث ، فيثبت الخيار للوارث ابتداء لقيام العلة ، لا لأن الخيار انتقل إليه من وارثه . ويذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أن كلا من خيار التعيين وخيار العيب وخيار الوصف ينتقل بالميراث . لأنها حقوق مالية تنتقل إلى الوارث كسائر الحقوق . وإذا كان انتقال العين نفسها إلى الوارث بطريق الإرث والحلافة فكذلك يكون انتقال الخيار المتعلق بها . وكذلك الحكم في خيار الشرط عند الشافعي ومالك إذ هو حق مالي يقوم الوارث فيه مقام مورثه ، خلافاً لأحمد فقد ذهب إلى أنه لا يرث إلا إذا اختار من له الخيار قبل موته ، أما إذا لم يختار قبل الموت فلا يرث الخيار (١) .

(١) أنظر في كل ذلك مصدر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف جزء ٥ ص ٦٩ - ص ٧٠ - وقد جاء في الفروق للقراقي وهو من كتب الفقه المالكي : «أعلم أنه يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من مات عن حق فلورثته . وهذا اللفظ ليس على عمومته ، بل من الحقوق ما ينتقل إلى الوارث ومنها ما لا ينتقل . فن حق الإنسان أن يلاعن عند سبب اللعان ، وأن ينيء بعد الإيلاء ، وأن يعود بعد الظهار ، وأن يختار من نسوة أسلم عليهن وهن أكثر من أربع . وأن يختار إحدى الأختين إذا أسلم عليهما . وإذا جعل المتبايعان له الخيار ، فن حقه أن يملك إمضاء البيع عليهما وفسخه . ومن حقه ما فوض إليه من الولايات والمناصب . كالقصاص والإمامة والخطابة وغيرها . وكالأمانة والوكالة . فجميع هذه الحقوق لا ينتقل للوارث منها شيء ، وإن كانت ثابتة للمورث . بل الضابط لما ينتقل إليه ما كان متعلقاً بالمال ، أو يدفع ضرراً عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه . وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله وشهوته لا ينتقل للوارث . والمر في الفرق أن الورثة يرثون المال فيرثون ما يتعلق به تبعاً ، ولا يرثون عقله ولا شهوته ولا نفسه فلا يرثون ما يتعلق بذلك ، وما لا يرثون ما يتعلق به : فاللعان يرجع إلى أمر يعتقده لا يشاركه فيه غيره غالباً ، والاعتقادات ليست من باب المال ، والقيضة شهوته ، والعود إرادته ، واختيار الأختين والنسوة أربه وميله ، وقضاؤه على المتبايعين عقله وفكرته ورأيه ، ومناصبه وولاياته واجتهاداته وأفعاله الدينية فهو دينه . ولا ينتقل شيء من ذلك للوارث ، لأنه لم يرث مستنده وأصله . وانتقل للوارث خيار الشرط في المبيعات ، وقاله الشافعي رحمه الله تعالى ، وقال أبو حنيفة وأحمد ابن حنبل لا ينتقل إليه . وينتقل للوارث خيار الشفعة عندنا ، وخيار التعيين إذا اشترى مورثه عبداً من عبيدين على أن يختار ، وخيار الوصية إذا مات الموصي له بعد موت الموصي ، وخيار الإقانة والقبول إذا أوجب البيع لزيد فلوارثه القبول والرد . . . وخيار الهبة وفيه خلاف . =

٣٠ - متى تنتقل حقوق التركة إلى الورثة : وإذا قررنا أن الحقوق المالية تنتقل بالميراث من المورث إلى الورثة ، فإنه يبقى أن نحدد متى تنتقل هذه الحقوق إلى الورثة . وقد اختلفت المذاهب في تحديد وقت انتقال التركة إلى ملك الورثة .

فعند المالكية ، تبقى أموال التركة على ملك الميت بعد موته إلى أن يسدد الدين ، فإذا ماسد انتقلت ملكية التركة إلى الورثة من وقت السداد .

وعند الحنفية ، يجب التمييز بين ما إذا كان الدين مستغرقا للتركة أو كان غير مستغرق لها . فإن كان الدين مستغرقا ، تبقى أموال التركة على ملك الميت ولا تنتقل إلى ملك الورثة (١) ، فإذا ماصفيت وسددت الديون لم يبق من التركة شيء لأن الدين مستغرق لها . وأما إن كان الدين غير مستغرق . فالرأي الراجح أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث مع تعلق الدين بهذه الأموال . وهناك رأي ثان يذهب إلى أن الأموال لا تنتقل في هذه الحالة إلى الورثة إلا بعد سداد الدين .

ومنع أبو حنيفة خيار الشفعة ، وسلم خيار الرد بالعيب وخيار تعدد الصفقة وحق القصاص وحق الرهن وحبس المبيع . . . ووافقناه نحن على خيار الهبة في الذب للابن بالاعتصار . . . وسلم الشافعي جميع ما سلمناه ، وسلم خيار الإقالة والقبول . ومدارك المسألة على أن الخيار عندنا صفة للعقد فينتقل مع العقد ، فإن آثار العقد انتقلت للوارث . وعند أبي حنيفة صفة للعقد لأنها مشيئة واختياره ، فتبطل بموته كما تبطل سائر صفاته . . . ولم يخرج عن حقوق الأموال إلا صورتان فيما علمت : حد القذف ، وقصاص الأطراف وإخراج والمنافع في الأعضاء . فإن هاتين الصورتين تنتقلان للورثة وهما ليستا بمال ، لأجل شفاء غليل الوارث بما دخل على عرضه من قذف مورثه والجناية عليه . وأما قصاص النفس فإنه لا يورث ، فإنه لم يثبت للمجني عليه قبل موته وإنما ثبت للوارث ابتداء ، لأن استحقاقه فرع زهوق النفس فلا يقع إلا للوارث بعد موت المورث » (الفروق للقرافي جزء ٣ ص ٢٧٥ - ص ٢٧٩) .

(١) بل لا يستطيع الورثة أن يستخلصوا أموال التركة إلا إذا دفعوا كل الديون ، ولا يكفي أن يدفعوا قيمة التركة ، وهذا على الرأي المشهور في المذهب الحنفي . وفي قول آخر ، يكفي لاستخلاص أموال التركة أن يدفع الورثة للدائنين قيمة هذه الأموال لا جميع الديون (أنظر الوسيط ٤ فقرة ١٩٠ ص ٣٤٠) .

ورأى ثالث يذهب إلى أنه يبقى على ملك الميت من الأعيان ما يكفي لسداد الدين وتنتقل بقية الأموال إلى الورثة .

وعند الشافعية في المذهب الحنبلية والحنابلة في أشهر الروايتين ، تنتقل أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث مع تعلق الدين بها ، سواء كان الدين غير مستغرق للتركة أو كان مستغرقاً لها^(١) .

ولا شك في أن أموال التركة ، في القانون المصري ، تنتقل ملكيتها إلى الوارث فوراً بمجرد موت المورث ، سواء كانت التركة غير مدينة أو كانت مدينة ، وسواء كان الدين غير مستغرق لها أو كان مستغرقاً . وذلك لأن الميراث سبب لكسب الملكية كما بينا ، فتنقل الملكية بمجرد تحقق سبب انتقالها . والميراث يكون بموت المورث ، ومن ثم تنتقل أموال التركة إلى الوارث بمجرد موت المورث . وقد أكدت ذلك المادة الأولى من قانون الميراث إذ نصت على أن « يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتاً بحكم القاضي »^(٢) . وعلى ذلك يكون حكم القانون

(١) أنظر في هرض هذه المذاهب المختلفة والأدلة التي يحتاج بها كل مذهب : على الخفيف في مدى تعلق الحقوق بالتركة في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص ١٥٨ - ص ١٧٤ .
(٢) ولا يجوز إسناد موت المورث لتاريخ سابق على وقت حصوله ، وقد جاء في تقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب الخاص بقانون الميراث في هذا الصدد ما يأتي : « بالنسبة لجواز إسناد الوفاة لتاريخ سابق يختلف رأى اللجنة . فاتجه رأى فريق من أعضاء اللجنة إلى عدم جواز الإسناد . واعتمد في تبرير رأيه إلى أن الموت إما أن يكون حقيقة أوسكناً . ففيما يتعلق بالموت الحقيقي ، للقاضي أن يحكم - كلما توافرت لديه الأدلة المقنعة - بأن الوفاة وقعت في تاريخ معين ، وله في ذلك مطلق الحرية في التقدير أسوة بكل نزاع آخر يعرض عليه للفصل فيه . أما الموت الحكي فيحتاج بالضرورة إلى حكم يصدر من القاضي ، وبغير هذا الحكم لا يمكن القول بأن الشخص مات سكناً . فحكم القاضي بقرار الوفاة ويظهرها في الحالة الأولى ، ولكنه ينشئها في الحالة الثانية . ويعززون رأيهم بأن هذا ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الفراء ، وبالتالي فكل رأى يخالفه يعوزه السند الشرعي ، وإنهم بهذا الرأي يتمشون مع المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص بالمفقود . ويضيفون إلى ما تقدم أنه يصعب جداً وضع ضابط محكم يسترشد به القاضي عند إسناد الوفاة إلى تاريخ دون آخر ، إذ قد يترتب على هذا الإسناد حرمان شخص من الإرث أو ثبوت حقه فيه . فترك المسألة إلى القاضي يحكم فيها بما عليه عليه تقديره قد يوقعه في الحرج . . . وقد ناقشت اللجنة هذين الرأيين طويلاً . وانتهت إلى ترجيح الرأى الأول أخذاً بالأضبط والأحوط » .

المصرى فى هذه المسألة متفقاً مع الشريعة الإسلامية ، وذلك فى مذهبين من مذاهبها : الشافعية فى المذهب الجديد والحنابلة فى أشهر الروايتين .
ويلاحظ أن تحديد وقت انتقال ملكية أعيان التركة إلى الورثة بموت المورث لا يعنى حتماً أن الورثة يستطيعون التصرف فى هذه الأعيان من ذلك الوقت : فإن ملكية الأعيان قد تنتقل إليهم والديون متعلقة بها فلا يستطيعون التصرف فيها على النحو الذى سنبينه فيما يلى . ولكن هناك نتائج أخرى تترتب على تحديد وقت انتقال أعيان التركة إلى ملك الورثة بموت المورث ، لا بوقت سداد الديون (١) .

٣١ - هل تنتقل ديون التركة إلى الورثة أسوة بحقوقها - مرى

نطاق القاعدة التى تنص بألا تركة إلا بعد سداد الدين : والآن نعرض لأهم مسألة تبرز بين مسائل انتقال التركة إلى الورثة ، وإن كانت أهميتها أصبحت الآن أهمية نظرية بعد أن عاجلها التقنين المدنى الجديد وقانون الشهر العقارى علاجاً عملياً .

فهناك قاعدة معروفة فى الفقه الإسلامى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين ، فهل تعنى هذه القاعدة بأن ديون التركة لا تنتقل إلى الورثة

(١) أنظر فى هذه النتائج بحث الأستاذ على الخفيف فى مدى تعلق الحقوق بالتركة فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص ١٧٤ - ص ١٧٧ . ويذكر من هذه النتائج ما يأتى :

١ - نماء أعيان التركة بزيادتها زيادة متولدة أو منفصلة ، كالثمرة والسمن والولد والريع ، إذا قلنا ببقاء التركة على ملك الميت ، يكون ملكاً للميت ، فتقضى من هذه الزيادة ديونه وتنفذ وصاياه . وإذا قلنا بأن الملكية تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فإن هذه الزيادة تكون ملكاً للورثة ، فلا تقضى منها ديون الميت ولا تنفذ منها وصاياه . وقد أخذت محكمة النقض بأن ملكية التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فقضت بأن الدين ، وإن كان مستغرقاً للتركة ، لا يمنع انتقالها لورثة المدين عند موته . وهذا يتفرع عليه أن إيراد التركة ونتاجها يكون حقاً خالصاً للورثة ، فلا يتعلق حقهم بالأصل فقط . وقد قال بهذا رأى فريق من فقهاء الشريعة الإسلامية فى تفسير قاعدة «لا تركة إلا بعد وفاء الدين» ، وهو قول يتفق مع أحكام القانون المدنى . فادعاء الحائز لأعيان التركة بدين كبير على التركة مستغرق لها لا يصح الاستناد إليه فى التمسك بقاعدة «لا تركة إلا بعد وفاء الدين» ، فى وجه الوارث الذى يطلب إيراد نصيبه فى التركة (نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ بمجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى مدى ٢٥ عام جزء ٢ ص ٩٩٩ رقم ٨) .

كما تنتقل حقوقها ، وأن التركة لا تنتقل إلى الورثة إلا خالصة من الديون ؟
 هذا هو الرأي المشهور في الفقه الإسلامي ، فإذا مات المورث عن
 دين في ذمته ، بقي الدين في التركة ولا ينتقل إلى ذمة الورثة^(١) . ويكون
 لدائني التركة أن ينفذوا بحقوقهم على أموال التركة ، حتى لو تصرف
 فيها الوارث كما سنرى . وليس لهم أن ينفذوا على أموال الوارث الشخصية .
 فالتركة وحدها هي المستولة عن ديونها ، ولا تختلط بأموال الوارث .
 وهذا بخلاف القانون الفرنسي . فان دين التركة فيه ينتقل إلى ذمة الوارث ،
 ولدائني التركة أن ينفذوا على أموال الوارث الشخصية . إلا إذا رفض
 الوارث الميراث أو قبله بشرط التجنيب أو الجرد (sous bénéfice
 d'inventaire)^(٢) . والحقوق التي تترتب على التركة في الفقه الإسلامي

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن القول بأن الوارث مسئول عن دين مورثه
 بمقدار ما ورثه معناه اختلاط مال المورث ومال الوارث ، وهو أمر غير معروف في
 القانون المصري مادامت أعيان التركة موجودة ولم يحصل التصرف فيها ، كما أن الشريعة
 الإسلامية كذلك لا تقر هذه النظرية . ولا تعترف الشريعة الإسلامية بانتقال شخصية المورث
 لوارثه ، فتي توفي المورث انتقلت جميع الالتزامات التي كانت بذمته إلى تركته لا إلى
 ورثته ، فلا يعتبر الوارث إذن مسئولاً شخصياً عن ديون التركة (استئناف مصر ٤ أبريل
 سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٩٢ ص ١٢٦١) .

(٢) ومركز الوارث في الشريعة الإسلامية قريب من مركز الوارث بشرط التجنيب
 أو الجرد في القانون الفرنسي ، فشخصية الوارث تبقى مستقلة عن شخصية المورث في
 الحالتين ، وفي الحالتين أيضاً تتعلق ديون المورث بتركته لا بذمة ورثته . وقد قضت محكمة
 النقض بأنه إذا قبل الوارث التركة بشرط الجرد في القانون الفرنسي ، كانت شخصيته
 مستقلة عن شخصية المورث ، ولا يصح أن يواجه بالتزام المورث عدم التعرض
 للمشتري إذا ادعى الاستحقاق لعين من الأعيان تصرف فيها مورثه للغير . وقد أخذ المشرع
 المصري في انتقال التركات بما يتقارب في هذا الخصوص مع ما يقرره القانون الفرنسي
 بشأن الوارث إذا قبل التركة بشرط الجرد ، لأنه يعتبر شخصية الوارث مستقلة عن شخصية
 المورث وأن ديون المورث إنما تتعلق بتركته لا بذمة ورثته . وعلى ذلك فتي تبين من وقائع
 الدعوى أن المورث كان قد تصرف في أطيان له للغير بمقتضى عقد بدل لم يسجل ، ثم تصرف
 في ذات الأطيان بالبيع لأحد أولاده بعقد بيع مسجل ، فأقام هذا الأخير بعد وفاة البائع
 دعوى على المتبادل معه بطلب تثبيت ملكيته إلى هذا القدر ، فقضى برفض دعواه اتباعاً لما هو
 مقرر في التشريع الفرنسي في شأن الوارث الذي يقبل التركة بغير تحفظ ، فإن الحكم يكون
 قد خالف القانون (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٩٦٠) .

هى على الترتيب الآتى : (أولا) حق الميت فى تجهيزه ودفنه . (ثانيا) حقوق دائى التركة . (ثالثا) حقوق الموصى لهم فيما لا يتجاوز ثلث التركة بعد سداد ديونها ، إلا إذا أجازت الورثة ما يزيد على ذلك . (رابعا) حقوق الورثة ، وتأتى بعد وفاء حق الميت وسداد ديون التركة وتنفيذ الوصايا .

ولكن ما دام دين التركة لا ينتقل إلى ذمة الوارث بعد موت المورث ، ففى ذمة من إذن يكون ؟ هنا اختلفت المذاهب الفقهية وتضاربت فيها الروايات . ويمكن تلخيص هذا الاختلاف فى إيجاز على الوجه الآتى :

ذهب الحنفية والشافعية إلى أن الدين يبقى فى ذمة الميت حتى بعد موته . فهم يفترضون بقاء الذمة قائمة بعد الموت ، ولكن بشرط أن تتقوى بتركة أو بكفيل . وتقوية الذمة بتركة أو بكفيل معناه أن هناك ضمانا للدين يكفل سداده ، وهذا الضمان إما أن يكون تركة الميت فهى مسئولة عن ديونه ، أو كفيل يتركه الميت بدينه فيكون الكفيل هو المسئول عن سداد الدين . ومتى وجد هذا الضمان ، أمكن افتراض بقاء ذمة المدين قائمة بعد موته ، ففى هذا الافتراض فائدة هى بقاء الدين قائما إلى أن يسدد إما من التركة أو من الكفيل . أما إذا لم يترك الميت تركة أو كفيل بالدين ، فلا سبيل إلى سداد الدين ولا فائدة من افتراض ذمة الميت قائمة تتحمل به . ومن ثم تخرب الذمة ويسقط الدين . ولا شك فى أن افتراض ذمة الميت قائمة بعد موته هو مجرد مجاز قانونى لا يطابق الحقيقة ، فالواقع أن المدين إذا مات لم تعد له ذمة باقية ، وليس افتراض قيام ذمته بعد موته إلا من قبيل الصنعة القانونية .

وذهب المالكية إلى أن الذمة لا تبقى بعد الموت لأنها صفة من صفات الحياة فتزول بزوالها ، والدين يتعلق بالتركة نفسها لا بذمة الميت . فاذا مات المدين ولم يترك مالا ، سقط دينه لانعدام محله . والمالكية فى هذا هم أيضا قد لحأوا إلى الصنعة القانونية . ويمكن تفسير قولهم ، فى لغة القانون الحديث ، بأحد تفسيرين . فاما أن يقال إن التركة تصبح فى هذه الحالة

شخصاً معنوياً ، يتعلق الدين بذمته^(١) . وهذا القول يتعارض مع أحكام القانون الوضعي في مصر ، فقد عدت المادة ٥٢ مدني الأشخاص المعنوية وليست التركة من بينها . أو أن يقال إن تركة المورث تصبح ذمة مالية (patrimoine) مستقلة تضاف إلى ذمة الوارث الأصلية وتتميز عنها ، فتتعدد ذمة الوارث المالية^(٢) . وقد أقرت النظرية الحديثة في الذمة المالية تعدد الذمة كما بينا عند الكلام في هذا الموضوع في الجزء الثامن من الوسيط . ولكن تعدد الذمة المالية للشخص الواحد لا يتنافى مع أن كلا من هذه الذمم المالية المتعددة هو ذمة لهذا الشخص ، فتكون تركة المورث ، وهي ذمة مالية مضافة إلى ذمة الوارث الأصلية ، هي ذمة مالية للوارث نفسه . ويكون مؤدى القول بأن دين الميت يتعلق بتركته أن هذا الدين يتعلق بأحدى ذمى الوارث ، فهو إذن يتعلق بذمة الوارث على كل حال . وهذا ما لم يردده المالكية ، فهم قد قصدوا بجعلهم الدين يتعلق بالتركة أن يفصلوه عن ذمة الوارث بقدر ما قصدوا أن يفصلوه عن ذمة المورث .

أما الحنابلة ، فمنهم من ذهب مذهب الحنفية والشافعية فقال إن الدين يتعلق بذمة الميت على فرض بقائها قائمة بعد موته ، ومنهم من ذهب مذهب المالكية فقال إن الدين يتعلق بالتركة نفسها لا بذمة الميت . وهناك رأى ثالث في المذهب الحنبلي يذهب إلى أن الدين لا يتعلق بذمة الميت ولا يتعلق بالتركة ، وإنما يتعلق بذمة الوارث ولكن في حدود ما يتركه الميت من أموال . وهذا الرأى الأخير هو الذى نقف عنده ، فهو أقرب إلى المعمول به في القانون الفرنسى إذا قبل الوارث الميراث بشرط الجرد أو التجنيب . وهو في الوقت ذاته أكثر انسجاماً مع المنطق الذى ساد الفقه الإسلامى في انتقال الحقوق إلى الورثة ، فكما أن حقوق التركة تنتقل إلى ذمة الوارث بمجرد موت المورث عند الشافعية في المذهب الجديد وعند الحنابلة في أشهر الروايتين كما قدمنا ، فمن العدالة والمنطق

(١) عبد الفتاح عبد الباقي في نظرية الحق سنة ١٩٥٧ فقرة ٣٩ .

(٢) حنن كيرة ص ٣٧ - ص ٣٨ .

أن تنتقل أيضا ديون التركة إلى ذمة الوارث بمجرد موت المورث .
فإن الحقوق تقابلها الديون ، فتنقل الديون إلى ذمة الوارث في حدود
ما انتقل إلى ذمته من الحقوق . وسرى أن القانون الوضعي في مصر .
في تنظيمه لحماية دائني التركة في كل من التقنين المدني وقانون الشهر
العقارى ، يتفق مع هذا الرأى الأخير في مذهب الحنابلة . ومن ثم يكون
انتقال التركة من المورث إلى الوارث . بما لها من حقوق وما عليها من
ديون ، وهى مسألة يجب أن تسرى في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية
كما قدمنا ، يتفق فيها التقنين المدني مع الفقه الإسلامى في بعض مذاهبه .

على أن اختلاف مذاهب الفقه الإسلامى ، في انتقال ديون التركة .
ليست له آثار عملية . فقد اتفقت هذه المذاهب على أن دين الميت يستوفى
مما يتركه الميت من أموال ، فتصبح تركة الميت هى المسئولة عن سداد
ديونه . والدين على هذا النحو يتعلق بمالية التركة لا بذوات أعيانها .
إذ حق الدائن هو أن يستوفى الدين من مالية التركة لا من عين بالذات (١) .

٣٢ - حكم تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الديون

وما يجب من الحماية لحقوق دائني التركة : وما دامت تركة الميت هى المسئولة
عن سداد ديونه كما قدمنا ، فما هو حكم تصرف الوارث في عين من
أعيان التركة قبل سداد الديون ، هل يكون صحيحا أو يبطل ؟

اختلفت المذاهب الفقهية في ذلك . ولكنها لا تربط الصحة والبطالان
بوقت انتقال ملكية أعيان التركة إلى الورثة ، والا لوجب القول بأن
من يذهب إلى انتقال الملكية بمجرد موت المورث وقبل سداد الديون
يجعل تصرف الوارث قبل سداد الدين صحيحا مادامت الملكية قد انتقلت
إليه ، ولكننا سنرى أن هذا غير مطرد .

فعند الشافعية ، وهم يقولون كما رأينا بانتقال أموال التركة إلى
ملك الورثة فورا بمجرد موت المورث ، لا يجوز مع ذلك للوارث أن

(١) على الخفيف في مدى تعلق الحقوق بالتركة في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية

يتصرف في أعيان التركة المدينة ، ولو كان الدين غير مستغرق للتركة .
 ذلك أن التركة تنتقل إلى الوارث مثقلة بالدين ، فيتعلق الدين بها كما
 يتعلق الرهن ، والرهن عندهم مانع من بيع العين المرهونة . على أن
 في مذهب الشافعي رواية أخرى تقضى بأنه يصح تصرف الوارث في التركة
 المدينة ، لأن الدين حق تعلق بالمال من غير رضا المالك فلم يمنع التصرف
 كمال المريض . فان قضى الوارث الدين نفذ تصرفه ، وإن لم يقضه فسخ
 التصرف . ويتساوى الدائنون في اقتضاء حقوقهم من التركة ، فان ظهر
 دائن لم يكن معروفا وقت أن اقتسم الدائنون التركة ، رجع عليهم وشاركهم
 فيما أخذوه على قدر دينه (١) .

وفي مذهب الحنابلة روايتان . أشهرهما أن أموال التركة تنتقل
 إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث مع تعلق الدين بها ، فان تصرف
 الوارث في التركة قبل سداد الدين صح تصرفه ولزمه أداء الدين .
 فان أداه نفذ التصرف وإن لم يؤده فسخ . والرواية الثانية تقضى بأن
 أموال التركة لا تنتقل إلى ملك الورثة إلا بعد سداد الدين ، فان تصرف
 الوارث في مال للتركة قبل سداد الدين لم يصح التصرف ، لأنه يكون
 قد تصرف في غير ملكه (٢) .

ورأينا أن الحنفية يميزون بين ما إذا كان الدين مستغرقاً للتركة
 أو كان غير مستغرق لها . فان استغرق الدين أموال التركة ، تبقى هذه
 الأموال على ملك الميت ولا تنتقل إلى ملك الورثة ، ويكون أى تصرف
 للوارث في مال التركة باطلاً في هذه الحالة . وإن لم يستغرق الدين أموال
 التركة . فبالرغم من أن هناك قولاً بانتقال أموال التركة إلى ملك الورثة .
 لا يجوز مع ذلك للوارث التصرف في هذه الأموال ، فان تصرف كان
 تصرفه باطلاً . وهناك من فقهاء الحنفية من يذهب إلى أن تصرف الوارث
 في هذه الحالة يكون صحيحاً نافذاً ما بقي في التركة ما يني بسداد الدين .

(١) أنظر في ذلك المذهب جزء أول ص ٣٢٧ .

(٢) أنظر في ذلك المذهب جزء ٤ ص ٤٨٧ .

أو إذا أجاز الدائن التصرف^(١) .

وعند المالكية ، وهم القائلون ببقاء أموال التركة على ملك الميت حتى يسدد الدين . يقتضى منطق هذا القول أن يكون تصرف الوارث

(١) أنظر في ذلك المبسوط جزء ٢٩ ص ١٣٧ - ص ١٣٨ - انظر في جزء ٥ ص ٢١٣ - ص ٢١٤ وجزء ٦ ص ٢١٤ .

وقد قضت محكمة استئناف مصر ، تطبيقاً لهذا الرأي في مذهب الحنفية ، بأن التركة المستغرقة بالديون ، طبقاً للشرعة الغراء ، لا يملكها الوارث ولا يملك التصرف فيها ، وكل تصرف منه يقع باطلاً بالنسبة إلى الدائنين لأن لهم حق متابعة التركة . أما غير المستغرقة ، فقد أباح الفقهاء للورثة التصرف في أعيانها حتى لا تتعطل في أيديهم . ولذلك لا يجوز للدائن التعرض لهم في تصرفاتهم فيها . على أن حق الوارث ليس مطلقاً ، بل يقف حين لا يبقى في التركة إلا ما يكفي للوفاء بالديون ، وكل تصرف زاد على ذلك فهو باطل (استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٧٧ ص ١٦٥) . وقضت أيضاً بأن ليس للوارث حق التصرف في التركة قبل سداد الدين ، ولا يمنع ما يحصل من تصرف منه الدائن من متابعة أعيان التركة في يد المشتري لاستيفاء حقوقه منها ، لأن الوارث لا يستطيع أن يبيع أكثر مما يملك ، ولا يملك من التركة إلا ما يتبقى بعد سداد الدين ، فلا يمكنه أن يبيع ولا أن يملك المشتري إلا بهذا القدر . ويقع باطلاً كل تصرف في التركة قبل سداد ديونها . ولا محل في هذه الحالة للبحث فيما إذا كانت شروط دعوى إبطال التصرفات الضارة بالدائن متوافرة ، أو دعوى الصورية متوافرة أو غير متوافرة (استئناف مصر ٢٥ مارس سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٤٢٠ ص ١٠١) . وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف مصر ٦ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٤٦ ص ٩٤ - استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٣ - ١٣ يوفيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٣ - ٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٦ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٣ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٣١ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١١٩ - ٢ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٥ - ٩ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٢ (ويقع عبء إثبات أنه لا يزال باقياً في التركة مال لوفاء الديون وتعيين هذا المال على الورثة ومن تصرف الورثة لهم) - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ١٥ - ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٧١ - ٤ يوفيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٢٧ (عبء إثبات أن في التركة مالا معيناً يفي بديونها يقع على الورثة ومن تصرف الورثة لهم) - ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٧ - ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٣٦ - ١٠ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٧٦ - ٢٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٢٤ - فإذا كانت التركة مستغرقة ، وتصرف الوارث ، وأهمل الدائن في تقاضى حقه مدة طويلة (ثلاثين سنة) ، لم يكن له بعد هذا الإهمال أن يتتبع العين في يد من تصرف له الوارث (استئناف مختلط ١٤ يوفيه سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٣١) .

وقارن استئناف مصر ٢٠ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ رقم ١٩٤ ص ٤٤٥ .

في أعيان التركة قبل سداد الدين باطلا ، سواء كان الدين مستغرقا أو غير مستغرق . ولكن هذا هو أحد رأيين في المذهب ، وليس مبنيا على انعدام ملك الورثة ، بل على حماية حق الدائن فهو مقدم على الورثة . والرأى الآخر يذهب إلى أن تصرف الوارث في التركة المدينة قبل أداء الدين صحيح إذا لم يمس حق الدائن ولم يتضرر هذا به ، كأن يأذن فيه قبل أن يباشره الوارث ، أو يتزل عن دينه ، أو يبقى من التركة بعد التصرف ما يكفي لسداد الدين . وإذا لم يستطع الدائنون أخذ حقوقهم إلا من المبيع ، فلذلك حالتان : الحالة الأولى أن يكون الوارث عالما بالدين وقت تصرفه أو أن يكون الميت مشهورا بأنه مدين ، وعند ذلك يفسخ البيع إلا إذا دفع المشتري قيمة المبيع يوم قبضه ، فاذا دفعها لزم البيع ورجع المشتري على بائعه من الورثة بما غرم من قيمته . والحالة الثانية أن يكون الوارث غير عالم بالدين ولم يكن الميت مشهورا بأنه مدين ، وعند ذلك يسلم المبيع لمشتريه ، ويرجع الدائنون على الوارث بقدر الثمن سواء كان فيه وفاء بالدين أولا . ولا رجوع لهم على المشتري بشيء إلا إذا حاباه الوارث في البيع فيرجع الدائنون بقدر الحاباة فقط . ويتساوى الدائنون في اقتضاء حقوقهم من التركة ، فان ظهر بعد ذلك دائن لم يقتض حقه ، رجع على الورثة بما في أيديهم من أموال التركة . فان لم تكف هذه الأموال لوفاء دينه . رجع على الدائنين بما فاته من حصته (١) .

ونخلص مما قدمناه في اختلاف المذاهب الفقهية أن منع الورثة من التصرف في أعيان التركة قبل سداد الدين لا يرجع إلى عدم انتقال الملكية إليهم قبل هذا السداد . بل يرجع إلى حماية دائني التركة . ولما كان نظام شهر الحقوق عن طريق التسجيل أو القيد نظاما حديثا لا تعرفه القوانين القديمة ولم يكن مستطاعا حماية حقوق الدائنين عن طريق الشهر ، فقد

(١) أنظر في ذلك المدونة الكبرى جزء ٣ ص ٥٧ - ص ٥٩ .

وانظر في كل ما تقدم مصادر الحق في الفقه الإسلامي جزء ٥ ص ٨٧ - ص ٩٣ - وانظر أيضاً الوسيط ٤ فقرة ١٩١ .

لجأ الفقه الإسلامي لحماية حقوق دائني التركة إلى أحد طريقين : (١) إما أن يجعل تصرف الوارث في أعيان التركة قبل سداد الديون باطلا ، وبذلك تبقى الأعيان في التركة لينفذ عليها الدائنون . ونجد هذا القول في كل من المذاهب الأربعة على النحو الذي أسلفناه ، وهو طريق فيه إمعان في حماية الدائنين وتوضيح لمصالح الورثة ومن يتصرف له هؤلاء . (٢) أو يوفق بين حق الدائن وحق الوارث ، فيبيح تصرف الوارث في أعيان التركة قبل سداد الدين ويجعل هذا التصرف صحيحا ، ولكنه لا يجعله نافذا في حق الدائن إلا إذا أجاز الدائن التصرف أو نزل عن دينه أو استوفى هذا الدين أو بقي في التركة مال يكفي للوفاء به . وهذا القول الآخر نجده أيضا في كل من المذاهب الأربعة ، كما سبق البيان .

ولما كان التقنين المدني قد صرح ، كما رأينا ، بوجوب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في انتقال التركة إلى ملك الوارث . فانه قد التزم هذه الأحكام ، واختار من المذاهب المختلفة ما يتلاءم مع مبادئه العامة (١) . ومن ثم فقد قرر ، في انتقال أموال التركة من المورث إلى الوارث وفي

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض ، في عهد التقنين المدني السابق ، بالتزام أرجح الأقوال في فقه الحنفية . فقد قضت بأن الشارع ، إذ أخضع دعاوى الحقوق للقانون المدني وجعلها من اختصاص المحاكم المدنية ، فقد أبقى الموارث خاضعة للشريعة الإسلامية تقضى فيها المحاكم الشرعية بصفة أصلية طبقاً لأرجح الأقوال في مذهب الحنفية . فإن تعرضت لها المحاكم المدنية بصفة فرعية ، كان عليها أن تتبع نفس المنهج . ثم صدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ مقتناً أحكام الإرث في الشريعة الإسلامية ، فلم يغير الوضع السابق بل أكدته . وأعقبه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ، فنص صراحة على أن «قوانين الموارث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيهما هي قانون البلد فيما يتعلق بالموارث والوصايا بالنسبة إلى المصريين كافة من مسلمين وغير مسلمين» . على أنه إذا كان المتوفى غير مسلم ، جاز لورثته طبقاً لأحكام الشريعة النحوية الاتفاق على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى . وإذا كان الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بوجه عام ، وإلى أرجح الآراء في فقه الحنفية بوجه خاص ، متعيناً بالنسبة إلى حقوق الورثة في التركة المدنية ومدى تأثيرها بحقوق دائني المورث باعتبار ذلك من أخص مسائل الموارث ، فإن القانون المدني إذ يقرر حكم تصرف الوارث في التركة المدنية ، باعتبار هذا التصرف عقداً من العقود ، إنما يقرر ذلك على أساس ما خولته الشريعة للوارث من حقوق (تقضى مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٩ ص ٣٥٦) .

حقوق الدائنين المتعلقة بالتركة وكيفية سداد الديون ، المبادئ الرئيسية
الآتية :

أولاً - تنتقل أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث ، مع
تعلق حقوق دائني التركة بها . فتنقل هذه الأموال إلى الورثة مثقلة
بحق عيني^(١) . قريب من أن يكون حق رهن ولكنه رهن مصلره

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التركة عند الحنفية ، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة ،
تنشغل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائني المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها بالتقدم على
سواهم ممن تصرف له الوارث أو من دائنيه . وهذا هو القانون الواجب على المحاكم المدنية
تطبيقه إذا ما تعرضت للفصل في مسائل الموارث بصفة فرعية . ولا يحول دون ثبوت هذا
الحق العيني لدائني التركة التعلل بأن الحقوق العينية في القانون المدني وردت على سبيل الحصر ،
وبأن حق الدائن هذا من نوع الرهن القانوني الذي لم يرد في التشريع الوضعي ، وذلك لأن
عينية الحق مقررة في الشريعة الإسلامية ، وهي ، على ما سبق القول ، القانون في الموارث
(نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٩ ص ٣٥٦ وقد سبقت الإشارة
إلى هذا الحكم) . وقضت أيضاً بأن موئى قاعدة ألا تركة إلا بعد سداد الدين أن تركة المدين
تنشغل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائني المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها تحت يد أي
وارث أو من يكون الوارث قد تصرف إليهم مادام أن الدين قائم ، دون أن يكون لهذا
الوارث حق الدفع بانقسام الدين على الورثة . أما إذا كان الدين قد انقضى بالنسبة إلى أحد
الورثة بالتقادم ، فإن لهذا الوارث ، إذا ما طالبه الدائن قضائياً ، أن يدفع بانقضاء الدين
بالنسبة إليه - كما لا تمنع المطالبة بالدين من تركة المدين المورث من سريان التقادم بالنسبة
إلى بعض ورثة المدين دون البعض الآخر الذين انقطع التقادم بالنسبة إليهم ، متى كان محل
الالتزام بطبيعته قابلاً للانقسام (نقض مدني ٧ يونيو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣
رقم ١١٦ ص ٧٧٤) . وقضت كذلك بأن ورثة المدين ، باعتبارهم شركاء في تركته كل منهم
بحسب نصيبه ، إذا أبدى واحد منهم دعواً مؤثراً في الحق المدعى به على التركة ، كان في
إبدائه نائباً عن الباقين ، فيستفيدون منه . وذلك لأن التركة منفصلة شرعاً عن أشخاص الورثة
وأموالهم الخاصة ، وللدائنين عليها حق عيني بمعنى أنهم يتقاضون منها ديونهم قبل أن يؤدي شيء
منها للورثة وبصرف النظر عن نصيب كل منهم فيها . وعلى هذا الاعتبار يكون دفع المطالب
الموجهة إلى التركة في شخص الورثة غير قابل للتجزئة ، ويكفي أن يديه البعض ليستفيد منه
البعض الآخر . فإذا تمسك بعض الورثة في دعوى مرفوعة منهم بطلب براءة ذمة مورثهم من
دين عليه بسقوط هذا الدين بالتقادم ، فإنهم يكونون في هذا الدفع نائبيين عن باقي الورثة
الذين لم يشتركوا في الدعوى ، ويفيد من الحكم بسقوط الدين الورثة الآخرون الذين لم
يشتركوا في الدعوى (نقض مدني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم
١٥٦ ص ١٥٥٠) .

القانون ، ومن ثم فهو أقرب إلى أن يكون حق رهن قانوني . وليس هو بحق امتياز لأن الامتياز يرجع إلى طبيعة الحق الممتاز ، ولم تتغير طبيعة حق الدائن بموت مدينه .

ثانياً - ولما كانت أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فانه يجوز للورثة منذ هذا الوقت أن يتصرفوا فيها إذا شهبوا حقوق إرثهم على النحو الذى سنبينه فيما يلى . ولكن تصرفهم يكون خاضعا لحقوق الدائنين (١) ، على النحو الذى أسلفناه .

= وانظر آنفاً نقض مدنى ٢٥ مارس سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٦١ ص ٣٨٤ - استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٨ - ٧ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٣٣ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٤٩ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦١ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٨٥ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٥٠ - ٥ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٨٧ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٠٠ - ٨ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٤ - ١٧ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٠ .

وعينية حق دائنى التركة لا ترجع إلى طبيعة هذا الحق ، فهو لم يكن عينياً قبل موت المورث . وإنما أصبح عينياً بعد موته لسبين واقعيين ، اجتماعاً فتج عن اجتماعهما هذه العينية الواقعية . السبب الأول أن المورث بعد موته لا يستطيع أن يستدين ، فانحصرت ديونه بموته ، ولم تعد تقبل الزيادة . والسبب الثانى أن المورث بعد موته لا يستطيع أن يتصرف فى أمواله ، فأصبحت هذه الأموال لا تقبل النقصان . وأصبحت كلها ضامنة لديونه المنحصرة على النحو المتقدم ، وضامنة لهذه الديون وحدها ، إذ أنها بحكم القاعدة التى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين لا تخلص للوارث إلا بعد سداد ديون المورث . وباجتماع هذين السبين الواقعيين - ديون منحصرة لا تقبل الزيادة وأموال معينة لا تقبل النقصان - نتج أن هذه الديون المعينة بالذات قد تركزت فى هذا الضمان المعين بالذات . وهذه هى معانى الحق العينى تجمعت بحكم الواقع ، فأصبح حق دائنى التركة حقاً عينياً بحكم الواقع قبل أن يكونه بحكم القانون .

(١) وقد قضت محكمة النقض ، منذ عهد التقنين المدنى السابق ، بأن تصرف الورثة فى التركة المستفرقة يبيع بعض أعيانها خاضع لحكم القانون المدنى من حيث اعتباره صادراً من غير مالك وبالتالي سيباً صحيحاً لا اكتساب الملكية بالتقادم الحسمى ، ومن حيث عدم اعتباره محلاً لدعوى إبطال التصرف إضراراً بدائى التركة . لكن الحكم الصادر على هذا الأساس بملكية المشتري للعين المبعة له لا يكسب هذه الملكية إلا محملة بحق الدائن العينى ، لأن التقادم قصير المدة المكسب للملكية لا يمكن أن يكون فى الوقت نفسه تقادماً يسقط للحق العينى الذى يثقلها ، إذ هذا الحق إنما هو حق تبعى لا يسقط بالتقادم مستقلاً عن الدين الذى هو تابع له . وبقاء =

ثالثاً - وقد استعان التقنين المدني بنظام الشهر المعروف في القوانين الحديثة ، والذي لم يكن معروفاً في الفقه الإسلامي كما قدمنا . وبدلاً من أن يلجأ ، كما لجأ الفقه الإسلامي ، إلى إبطال تصرف الوارث الصادر قبل سداد الدين ، أو حتى إلى جعله غير نافذ في حق دائني التركة ، فإنه قد لجأ إلى نظام الشهر هذا . فأوجب شهر حق الدائن وهو حق عيني كما أسلفنا ، فاذا ما شهر هذا الحق صار نافذاً في حق الغير ممن عسى أن يتصرف له الوارث . وبذلك تتم حماية دائني التركة على أسلوب يتفق مع النظم الحديثة في الشهر وهي النظم التي تتلاءم مع مبادئ القانون المصري^(١) ، ويكون لهؤلاء الدائنين حق تتبع أعيان التركة في يد من تصرف له الوارث وحق التقدم على دائني الوارث ، فتوافر لهم الحماية كاملة^(٢) .

= هذا الحق العيني على الأرض المبيعة هو سند الدائن في تتبعها بالتنفيذ تحت يد المتصرف إليه . وإذن فن الخطأ أن يقضى بإلغاء إجراءات نزع الملكية التي يتخذها الدائن على تلك الأرض ، إذ هذا القضاء يكون فيه إهدار لحق الدائن في تتبع العين لاستيفاء دينه (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٠ ص ٣٦٥) .

(١) وقبل قانون الشهر العقاري الذي أخضع حق الوارث للشهر ونظم طريقة لشهر ديون التركة ، لم يكن الشهر لازماً لتتبع دائن التركة في يد المشتري عيناً من أعيانها باعها الوارث . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن حق دائن التركة في تتبع العين المبيعة منها لا يشترط له ، لكي ينفذ في حق المشتري ، أن يكون الدين مسجلاً أو مشهوراً (نقض مدني ٢٤ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٠ رقم ١١) .

(٢) وقد قضى بأن التركة ، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة ، تنتقل بمجرد الوفاة مثقلة بحق عيني لدائني المتوفى ، يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم بالتقدم على سواهم من تصرف له الوارث أو من دائنيه . هذا الحق العيني يتوافر له خصيصة التتبع والتقدم لاستيفاء دائني المورث حقوقهم من التركة بلا تفرقة بين حائز حسن النية وآخر سيء النية ، وإنه متعلق بالتركة كلها تعلق دين الرهن بالمرهون (دمهور الكلية ٢١ مارس سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ رقم ٥٧٥ ص ١٥٧٠) .

وانظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ١٩١ ص ٣٤٤ - ص ٣٤٥ وفقرة ١٩٢ .
وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، أنظر في تحقيق الوراثة وقبول الإرث ورفضه المواد ٩٣٤ - ٩٣٨ مرافعات .

ونفصل فيما يلي ما أجملناه من هذه المبادئ ، في حماية حقوق دائي
التركة في القانون المصري .

المبحث الثاني

تنظيم حماية حقوق دائي التركة في القانون المصري

٣٣ - الطريقان اللذان ينظمهما القانون - طريق الإجراءات
الفردية وطريق التصفية الجماعية : وقد نظم القانون طريقين لحماية حقوق
دائي التركة :

(الطريق الأول) طريق الإجراءات الفردية . وهو الطريق المعتاد
المألوف . وفيه يبدأ الدائنون بشهر حقوقهم بالتأشير بها على هامش
شهر حق الإرث ، على النحو الذي سنبينه فيما يلي . ثم يستوفي الدائنون
حقوقهم من أموال التركة بموجب إجراءات فردية يتولاها كل دائن
لنفسه ، فيتخذ من الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية لاستيفاء
حقه ما يقرره القانون لكل دائن ، وذلك إما عن طريق الحجز على
أموال التركة وهي في يد الورثة (١) ، أو عن طريق تتبعها والحجز عليها

(٧) وهناك قاعدة شرعية تقضي بأن الوارث ينتصب خصماً عن باقي الورثة في الدعاوى
التي ترفع من التركة أو عليها (م ٣٤١ لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) . وقد قضت محكمة
النقض في هذا الصدد بأن هذه القاعدة الشرعية تكون صحيحة لو أن الوارث الواحد كان قد
خاصم أو خوصم في الدعوى طالباً الحكم للتركة نفسها بكل حقها أو مطلوباً في مواجهته الحكم
على التركة نفسها بكل ما عليها . أما إذا كانت دعوى الوارث لم يكن مقصوده الأول منها
سوى تبرئة ذمته من نصيبه في الدين ذلك النصيب المحدد المطلوب منه في الدعوى ، فإن الواضح
أنه يعمل لنفسه فقط في حدود هذا النصيب المطلوب منه ولمصلحته الشخصية فقط في تلك
الحدود ، لا لمصلحة عموم التركة ككنايب شرعي عنها وقائم في الخصومة مقامها ومقام باقي
الورثة (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً
جزء ٢ ص ١٠٠٦ رقم ٤٩) . وقضت أيضاً بأن معنى المادة ٣٤١ من لائحة ترتيب المحاكم
الشرعية هو أن الوارث الذي لم يظهر في الخصومة يعتبر ممثلاً فيها عن طريق نيابة الوارث
الآخر له ، أو بمباراة أدق عن طريق المورث الذي يتلقى الحق عنه ، إلا أنه مع ذلك لا يعتبر
محكوماً عليه مباشرة ، بل يكون من "الغير" الذي له حق الطعن بالتعدي ، فلا يحوز الحكم قبله
حجية ما (نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً -

في يد الغير بعد أن يتم شهر حق الدائن . ويترتب على ذلك أن حالة الدائنين ، فيما بينهم ، بعد موت المدين ، من حيث الالتجاء إلى الإجراءات

= جزء ٢ ص ١٠٠٦ رقم ٥٠) . وقضت كذلك بأنه لا يفيد من الحكم الصادر بإبطال الوقف فيما زاد على ثلث التركة لصدوره في مرض موت الواقف سوى الوارث المخكوم له ، لأنه إنما كان يعمل لمصلحته ولم يكن ممثلاً لبقية ورثة الواقف . وإن مجرد ثبوت أن الوقف صدر في مرض موت الواقف في الدعوى التي رفعها هذا الوارث لا يقتضي بطلان الوقف فيما زاد على ثلث التركة بالنسبة إلى جميع ورثته (نقض مدني ٢٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ رقم ٥١) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان كل من الورثة يطالب بنصيبه الخاص في التعويض الذي يستحقه عن مورثه . وحكم برفض دعواهم . فانفرد أحدهم برفع استئناف عن هذا الحكم طالباً بإلغاء الحكم له بمقدار نصيبه وحده في التعويض ، فإن عمله هذا يكون لنفسه فقط ولمصلحته الشخصية ، لا لمصلحة عموم التركة كنائب شرعي عنها . ولا يعتبر الحكم الصادر في الاستئناف باستحقاقه حصته الميراثية في التعويض قضاء باستحقاق باقي الورثة لأنصبتهم في هذا التعويض (نقض مدني ٦ فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٣٥ ص ١٩٩) . وقضى بأنه إذا كانت بعض المحاكم وعلى رأسها محكمة النقض قد أجازت في بعض الأحوال أن ينتصب بعض الورثة ممثلين للبعض الآخر في الخصومات التي تتعلق بالتركة ، فإن هذه الإجازة معناها تمثيل أفراد معينين للمنازعات الخاصة بحقوق أفراد آخرين وجواز توجيه الخصومة إليهم ، كما يمثل الدائن مدينه في بعض الدعاوى - وليس معناها عدم الالتفات إلى جنسية هؤلاء الورثة أو محل إقامتهم الشخصي لتحديد مسائل الاختصاص (الاسكندرية الكلية مستعجل ٢٤ فبراير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٣ رقم ٢٠٣ ص ٤٨٤) .

وانظر أيضاً في الحالات التي يمثل فيها الوارث بقية الورثة : نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٥ رقم ٤١ - ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة ٢ ص ١٠٠٥ رقم ٤٣ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ نفس المجموعة ٢ ص ١٠٠٥ رقم ٤٥ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ٢ ص ١٠٠٦ رقم ٤٦ - استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٦٤ - ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٤٧ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٥ - ١١ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٩ - ١٠ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٧١ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٩٥ - ٥ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٨٧ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١١٦ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٨ - ٣ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٨٠ - ١٣ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٣٢ - ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٧٤ - ٨ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٤ - وفي الحالات التي لا يمثل فيها الوارث بقية الورثة : نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٦ رقم ٤٨ - ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة ٢ ص ١٠٠٦ رقم ٤٧ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة ٢ ص ١٠٠٥ رقم ٤٤ - ٥ مايو سنة ١٩٥٥ نفس نفس المجموعة ٢ ص ١٠٩٢ رقم ٨٢ - ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٤٩٦ .

الفردية . تماثل حالتهم قبل موته . فمن سبق منهم غيره إلى التنفيذ ظفر بحقه . ومن تأخر فقد يضيع عليه حقه كله أو بعضه . على أنه لا يجوز لأى دائن ، بعد موت المدين ، أخذ اختصاص على عقار فى التركة (م ٢/١٠٨٥ مدنى) . ولكن دائنى التركة ، فى هذا الطريق الأول . يتقدمون على دائنى الورثة الشخصيين ، ويتبعون أعيان التركة فى يد من تصرف له الوارث فيها . فميزة هذا الطريق لا تظهر فى علاقة دائنى التركة فيما بينهم . وإنما تظهر فى علاقتهم بدائنى الورثة الشخصيين وبالغير الذى يتصرف له الوارث .

(الطريق الثانى) طريق الإجراءات الجماعية . وهو طريق التصفية الجماعية للتركة . وسرى فيما يلى أن هذا الطريق طويل معقد ، وهو لا يصلح إلا للتركات الكبيرة الكثيرة الديون . ومن ثم جعل طالب إخضاع التركة لنظام التصفية رخصة لأى من ذوى الشأن - الدائن أو الموصى له أو الوارث - على أن يخضع هذا الطالب لتقدير القاضى . فان لم ير موجبا لذلك رفض إخضاع التركة لهذا النظام . ويبدأ الطريق بتعيين مصفف للتركة ، ويشهر الأمر الصادر بتعيين المصفى عن طريق القيد ، ويقوم هذا القيد مقام تأشير الدائن بدينه فى الطريق الأول . وتغل أيدى الورثة عن التصرف فى أموال التركة ، وتصبح حقوق الدائنين نافذة فى حق الغير . ويكون سداد الديون بإجراءات جماعية يتولاها المصفى ، ومن ثم لا يجوز لأى دائن أن يتخذ إجراءات فردية لاستيفاء حقه . بل يقوم المصفى فى التركة ، كما يقوم السنديك فى التفليسة ، بجرد أموال التركة وحصر الديون التى عليها وسدادها ، ثم يوزع مابقى بعد السداد على الموصى لهم والورثة . وإن ضاقت التركة بوفاء الديون ، تحاص الدائنون وأخذ كل منهم حصة بنسبة حقه ، إلا من كان من الدائنين له حق التقدم قانونا على غيره كدائن مرتين ، ولا يأخذ الموصى لهم والورثة شيئا فى هذه الحالة (١) . ونرى من ذلك أن ميزة هذا الطريق الثانى ، طريق الإجراءات الجماعية ، لا تظهر فحسب فى علاقة دائنى التركة بدائنى الورثة الشخصيين

(١) أنظر الوسيط ٤ ققرة ١٩٢ ص ٢٤٦ .

وبالغير الذى تصرف له الوارث ، بل أيضا - وهذا ما يتميز به عن الطريق الأول طريق الإجراءات الفردية - فى علاقة دائئى التركة فيما بينهم ، فلا يسبق أحدهم الآخرين ويتساوون جميعا كما يتساوى دائئو التفليسة .

ونستعرض الآن تفصيلا كلا من الطريقين سالتى الذكر .

المطلب الأول

طريق الإجراءات الفردية

٣٤ - نصى قانونى : تنص المادة ٩١٤ ملئى على ما يأتى :

« إذا لم تكن التركة قد صفت وفقا لأحكام النصوص السابقة ، جاز لدائئى التركة العاديين أن ينفلوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها ، أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير ، إذا أشروا بديونهم وفقا لأحكام القانون (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين الملئى السابق ، ولم يكن فى هذا التقنين نظام لشهر حقوق دائئى التركة .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٤٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - إذا لم تكن التركة قد صفت وفقا لأحكام النصوص السابقة ، جاز لدائئى التركة العاديين أن ينفلوا بحقوقهم ، أو بما أوصى به إليهم ، على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها ، أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير . ٢ - ويسقط حقهم هذا بعد انقضاء سنة على فتح التركة ، مالم يؤشروا ، بمقتضى أمر على عريضة ، بما لهم من ديون فى سجلات المحكمة المنصوص عليها فى المادة . . . ، وعلى أن يتم هذا التأشير قبل أن يقيد الغير حقه على العقار . ٣ - ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصئ من الأثر ، فى حق الغير الذى تعامل مع الورثة بشأن عقارات التركة ، ما للتأشير المنصوص عليه فى الفقرة السابقة . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثالثة بعد أن أضيفت إلى مادة سابقة ، وأدجت الفقرتان الأولى والثانية فى فقرة واحدة ، وأدخل عليها من التحليل ما جعلها مطابقة تقريبا لما استقرت عليه فى التقنين الملئى الجديد ، وصار رقمها ٩٨٥ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٨٣ بعد تعديل العبارة الأخيرة منه فصارت «وفقا لأحكام القانون ، وأصبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين الملئى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٩ - ص ٢٩١) .

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٧٥ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩١٨ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٠٧ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٣١ (١) .

ويخلص من النص سالف الذكر أنه إذا لم تتقرر تصفية التركة تصفية جماعية على النحو الذي سنبينه ، لم يكن أمام دائي التركة إلا اتخاذ إجراءات فردية للتنفيذ بحقوقهم على أموال التركة ، كما كانوا يفعلون لو أن المورث مدينهم كان حياً . وقد يقع أن يتصرف الورثة في عقارات التركة بعد شهر حقوقهم في الإرث ، أو يرتبوا على هذه العقارات لصالح الغير حقاً عينياً كرهن رسمي أو رهن حيازة ، إذا أن ملكية هذه العقارات قد انتقلت إلى الورثة بمجرد موت المورث كما سبق القول . فعلى دائي التركة (وكذلك الموصي لهم إذا أصبحوا دائنين للتركة بموجب الوصية ويأتون في الترتيب بعد الدائنين) ، إذا أرادوا أن يحتفظوا لأنفسهم بحق تتبع العقارات في أيدي الذين تصرف لهم الورثة ، وبحق التقدم على

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٧٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩١٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٠٧ : ١ - لدائي التركة العاديين والموصي لهم أن يلاحقوا لاستيفاء حقوقهم في التركة العقارات التي نقلت الورثة ملكيتها للغير أورتبت عليها حقوقاً عينية . ٢ - ويسقط حقهم هذا بعد انقضاء ثلاث سنوات من موت المدين ، فإذا انقضت هذه المدة نفذ تصرف الورثة في التركة قبلهم ، إلا إذا كان التصرف قد صدر تواطؤاً مع الغير للإضرار بهم . (ويستغنى التقنين العراقي عن شهر حق الدائن بتحديد مدة ثلاث سنوات إذا انقضت كان تصرف الوارث في عقار التركة نافذاً في حقه . ومؤدى ذلك أن من تعامل مع الوارث في عقار للتركة لا يطمئن على تعامله إلا إذا كان قد مضى ثلاث سنوات على موت المورث ، ويمكن اعتبار هذه المدة مدة إسقاط *délai de déchéance* يسقط بانقضائها حق رجوع دائي التركة في الرجوع على عقاراتها) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٣١ : التأمين الإجباري هو التأمين الذي يسجل حكماً ، سواء أكان برضا أم بغير رضا صاحب العقار ، وفي الأحوال المعينة فيما يلي . ولا يكون هذا التأمين إلا باسم معين . أما الحقوق والديون التي يعقد التأمين الإجباري لضمانها فهي ... (٥) حقوق وديون الدائنين أو المدعى لهم بتركة . فالتأمين الإجباري يعقد على عقارات التركة ، ضماناً لفرز التركة عن أموال الوارث . (في القانون اللبناني يضمن حقوق دائي التركة والموصي لهم رهن قانوني يقيد على عقارات التركة) .

الدائنين الذين رتب لهم الورثة على العقارات حقوقا عينية ، أن يقوموا بشهر حقوقهم وفقا لأحكام القانون . والقانون هنا هو قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، فقد نص في المادة ١٤ منه على أنه « يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات (المثبتة لحق الإرث) وقوائم الجرد المتعلقة بها . ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه ، فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشهره قبل هذا التأشير » (١) . وقد تلى قانون تنظيم الشهر العقاري قانون نظام السجل العيني رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ ، وهو قانون يعمل به في الأقسام المساحية التي يصدر بتعيينها قرار من وزير العدل على الوجه الذي سنيته عند استعراض هذا القانون في أثناء الكلام في العقد باعتباره سببا لكسب الملكية . وقد نصت المادة ٣١ من قانون نظام السجل العيني هي أيضا على أنه « يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في صحف السجل العيني المخصصة لأعيان التركة أو حقوقها . ويجب على الدائن إعلان كل ذي شأن بقيام الدين قبل التأشير به . ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ القيد المشار إليه في المادة السابقة (قيد حق الإرث) ، فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا وقام بقيده قبل هذا التأشير ».

(١) وفي المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق ، نصت المادة ١٢ من هذا المشروع على نفس ما تنص عليه المادة ١٤ من قانون الشهر العقاري الحالي ، ولكن المشروع الجديد أضاف فقرة متوسطة بين فقرتي المادة تجرى على الوجه الآتي : « ويجب على الدائن إعلان كل ذي شأن بقيام الدين قبل التأشير به » . وبهذا يتمشى المشروع مع المادة ٣١ من قانون السجل العيني ، المقابلة للمادة ١٤ من قانون الشهر العقاري الحالي .

والغرض من إعلان ذوي الشأن بقيام الدين قبل التأشير به هو تمكينهم في وقت مناسب من العلم بالدين ، فإذا كان لديهم على هذا الدين طعن جدى كان لهم أن يطلبوا إلى قاضي الأمور المستعجلة نحو التأشير (م ١/١٨ من قانون الشهر العقاري) .

فدين التركة يجب إذن شهره ، ويكون ذلك عادة في خلال سنة من شهر حق الإرث . ونبحث في هذا الصدد المسائل الآتية : (١) من يقوم بشهر الدين . (٢) كيف يكون شهر الدين . (٣) حالة شهر الدين في خلال سنة من شهر حق الإرث . (٤) حالة شهر الدين بعد انقضاء سنة من شهر حق الإرث . (٥) حالة عدم شهر الدين أصلا . (٦) حالة تصرف الوارث في منقول للتركة قبل سداد ديونها .

٣٥- من يقوم بشهر الدين : الذى يقوم بشهر الدين هو دائن التركة نفسه ، فهو صاحب الشأن في ذلك . وكل دائن من الدائنين العاديين للتركة يستطيع أن يقوم بشهر دينه . والدائنون العاديون للتركة هم دائنو المورث ، وهم الذين كانت الذمة المالية لمدينهم المورث ضمانا عاما لحقوقهم ، فاذا مات المدين أصبحت تركته هى الضمان العام لهذه الحقوق . ويدخل أيضا ضمن الدائنين للتركة الموصى لهم الذين يصبحون بموجب الوصية دائنين للتركة ، وهم غير دائنى المورث الأصليين لأنهم لم يصبحوا دائنين الا بموت المورث ، وقد أصبحوا دائنين مباشرة للتركة دون أن يكونوا دائنين للمورث نفسه . والموصى له الذى يصبح دائنا للتركة بموجب الوصية إما أن يكون قد أوصى له بمبلغ من النقود يأخذه من التركة فيصبح دائنا بهذا المبلغ ، أو أن يكون قد أوصى له بعين معينة بالذات في التركة ، عقارا كانت أو منقولا ، فيكون له حق المطالبة بها . وفي الحالتين يجب عليه أن يؤشر بما أوصى له به على هامش شهر حق الإرث ، حتى إذا ما تصرف الوارث في أعيان التركة أو في العقار الموصى به أو رتب عليها حقا عينيا كان للموصى له حق التبع وحق التقدم كسائر دائنى التركة . غير أن الموصى له يتأخر عن دائنى التركة الأصليين ، وهؤلاء أن يتقاضوا حقوقهم أولا من أعيان التركة بما في ذلك العين الموصى بها عقارا كانت أو منقولا ، فان بقي شيء أخذ الموصى

له منه ما أوصى له به ، وما يبقى بعد ذلك فهو للورثة (١) .

والدائن الذى يقوم بشهر الدين هو الدائن العادى للمورث : أما الدائن الذى يكفل حقه رهن أو اختصاص أو امتياز على عقار من عقارات المورث وقد قام بقيد هذا التأمين ، وبتجديد القيد فى المواعيد المحددة قانونا ، فانه ليس فى حاجة إلى التأشير بحقه فى هامش تسجيل حق الإرث . وذلك أن حقه مكفول بالتأمين العيني الذى حصل عليه فى حياة المورث ، ويستطيع أن يتبع العقار الضامن لحقه وأن يتقدم فيه على سائر الدائنين من غير أن يؤشر بحقه بعد موت المدين . ولكنه مع ذلك قد يرى نفسه فى حاجة إلى هذا التأشير ، إذا هو رأى أن التأمين العيني الذى حصل عليه لم يعد كافيا للوفاء بحقه ، فيكون التأشير مفيدا له حتى يستعمل حق التبع وحق التقدم على عقارات التركة لاستيفاء ما يبقى غير مضمون من حقه .

٣٦- كيف يكونه شهر الدين : يكون شهر الدين بطريق التأشير الهامشى ، ويحصل هذا التأشير « فى هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات » المثبتة لحق الإرث . وسنرى فيما يلى أن حق الإرث يجب شهره ، ويقوم الوارث أو أى ذى شأن آخر بهذا الشهر ، ويقدم للشهر السند المثبت لحق الإرث من إعلام وراثه أو حكم أو أى سند آخر . فيجب إذن ، حتى يتم شهر الدين ، أن يكون حق الإرث قد سبق شهره ، وذلك حتى يتمكن الدائن من شهر الدين بالتأشير على هامش تسجيل حق الإرث . فاذا لم يكن حق الإرث قد شهر ، فان شهر الدين يكون غير مستطاع ، ولكن الوارث فى هذه الحالة لا يستطيع التصرف فى أعيان التركة إذ هو لا يستطيع ذلك إلا بعد شهر حق الإرث كما سيجىء .

(١) وإذا كان الموصى به عيناً معينة بالذات ، وكانت فى حدود ثلث التركة ، وبقي فى التركة ما يكتفى لوفاء ديونها ، فإن الموصى له يصبح مالكا للعين الموصى بها بموجب الوصية ، وعلى ذلك يكون له أن يرفع دعوى الاستحقاق باعتباره مالكا للعين . فإذا كانت العين عقاراً ، وجب عليه أن يسجل الوصية حتى تنتقل إليه ملكية العقار الموصى به ، كما تقضى قواعد التسجيل المقررة فى هذا الشأن (أنظر مايل فقره ٨٦) .

ولما كان للدائن مصلحة في شهر حقه ، فقد أجاز له ، كواحد من أصحاب الشأن ، أن يقوم هو نفسه بشهر حق الإرث بطريق التسجيل حتى يتمكن من التأشير على هامش التسجيل بسند حقه . فيأمن على هذا السند من العبث والضياع ، ولا يبقى في حالة تربص دائم يوالى البحث المستمر في مختلف مكاتب الشهر التي تقع عقارات التركة في دائرة اختصاصها حتى يعثر على تسجيل لحق الإرث فيؤثر على هامشه بسند حقه . فتجنبنا لهذا الإرهاق يقوم هو بشهر حق الإرث ، ويقوم في الوقت ذاته بالتأشير على هامش تسجيل هذا الحق بسند الدين الذي له ، فيطمئن بذلك إلى المحافظة على حقه . وكل ذلك إذا تراخى الوارث في شهر حق الإرث ، بالرغم من أن له مصلحة في المبادرة إلى شهره حتى يستطيع التصرف في عقارات التركة من جهة ، وحتى تظهر من جهة أخرى الديون العادية التي على المورث عن طريق التأشير بها على هامش تسجيل حق الإرث فيتمكن الوارث من فحصها ومناقشتها ومن الوفاء بها إذا اقتنع بصحتها حتى تتخلص التركة من الديون .

ويجوز شهر الدين بأن يقدم الدائن لمكتب الشهر العقاري الذي تم فيه شهر حق الإرث ، أو لمكاتب الشهر العقاري في حالة تعدد عقارات التركة ، طلبا بالتأشير الهامشي مصحوبا بسند الدين الذي يريد التأشير به وسائر الأوراق المؤيدة لهذا الدين^(١) . فيتم التأشير بناء على هذا الطلب ، وفقا لإجراءات نصت عليها المواد ٣٧-٤٠ من قانون الشهر العقاري وهي النصوص الخاصة بالتأشير الهامشي . ولما كانت المستندات المقدمة تأييدا لطلب التأشير الهامشي تحفظ في مكاتب الشهر ، فقد كان الأصل أن يقدم الدائن السند المثبت لحقه لحفظه بمكتب الشهر العقاري ضمن المستندات بعد إجراء التأشير المطلوب ، ويعطى الدائن صورة فوتوغرافية من هذا السند . ولكن الدائن قد يكون في حاجة إلى استرداد

(١) فلذا لم يكن لدى الدائن سند بالدين ، لم يبق أمامه إلا أن يرفع دعوى على الورثة يطالب فيها التركة بالدين . فإذا تمكن من إثبات الدين في مواجهة الورثة ، وحصل على حكم به ، كان هذا الحكم هو سند الدين وله أن يؤثر به على هامش تسجيل حق الإرث .

أصل السند للمطالبة به وديا أو قضائيا ، ومن ثم نصت الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣ من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقاري على ما يأتي : « ومع ذلك يجوز للدائن ، بالنسبة إلى التأشير المنصوص عليها في المادة ١٤ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، أن يسترد سند الدين بعد استخراج صورة فوتوغرافية منه وإقراره عليها بما يفيد صحتها » . فعلى الدائن الذى يريد استرداد أصل سند الدين أن يتقدم بطلب بذلك إلى أمين مكتب الشهر ، فيرد له أصل السند . ولكن لما كان هذا الأصل واجب الحفظ كمستند من مستندات التأشير الهامشى ، فقد استعاض عنه بصورة فوتوغرافية تستخرج على نفقة الدائن ، ويجب أن يوقع الدائن وأمين المكتب على هذه الصورة الفوتوغرافية بما يفيد صحتها ومطابقتها للأصل الذى تم التأشير بموجبه (١) .

وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٨ من قانون الشهر العقاري على أنه يجوز « لكل ذى شأن أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة محو التأشير المشار إليه في المادة الرابعة عشرة ، فيأمر به القاضى إذا كان سند الدين مطعونا فيه طعنا جديا » (٢) . فيجوز إذن أن يطلب محو التأشير الوارث ، أو دائن آخر للتركة ، أو دائن شخصى للوارث ، أو مشتر من الوارث ، أو أى شخص آخر يضره التأشير فيطالب محوه . ويطلب ذو المصلحة محو التأشير إذا كان الدين المؤشر به مطعونا فيه طعنا جديا ، إما فى وجوده أصلا أو لانقضائه بعد وجوده بأن تقدمت مثلا مخالصة بالدين . والطعن يتم بطريق التقاضى بدعوى مستعجلة يختصم فيها المدعى الدائن العادى ، ويدخل فيها خصما مكتب الشهر ليصدر الحكم فى مواجهته . فاذا تبين لقاضى الأمور المستعجلة أن الطعن الموجه

(١) محمود شوق فى الشهر العقاري علما وعملا ص ٤٣٠

(٢) وتنص الفقرة الأولى من المادة ٤٢ من قانون السجل العينى على أن « لكل ذى شأن أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة محو التأشير المشار إليه فى المادة ٣١ (التأشير بدين على التركة فى صحف السجل العينى المخصصة لأعيان التركة أو حقوقها) ، فيأمر به القاضى إذا كان سند الدين مطعونا فيه جديا » .

لسند الدين هو طعن جدى ، كأن كانت هناك مخالصة عنه يقدمها الوارث أو حكم صدر بىطلان الدين ، أمر بمحو التأشير . ويشهر حكم المحو بطريق التأشير الهامشى على هامش تسجيل حق الإرث ، إعلاما للغير بالغاء التأشير بسند الدين . وعلى هذا النحو لا يصبح الوارث أو ذو المصلحة تحت رحمة أى تأشير يقوم به دائن مزعوم ، لا سيما أن التأشير يتم أصلا فى غيبة الورثة ، وليس لدى مكاتب الشهر المعلومات التى تخولها حق رفض هذا التأشير منذ البداية (١) .

٣٧ - مائة شهر الدين فى فصول ستة من شهر هو الإرث :

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٤ من قانون الشهر العقارى تنص على ما يأتى : « ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه (تسجيل حق الإرث) ، فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشهره قبل هذا التأشير » (٢) . ويخلص من هذا النص أنه إذا قام الدائن بالتأشير بحقه وفقا للإجراءات التى تقدم ذكرها ، فى خلال سنة من شهر حق الإرث ، كان له على عقارات التركة حق التتبع وحق التقدم .

أما حق التتبع فيتحقق إذا باع الوارث مثلا عقارا من عقارات التركة ، وسجل المشتري البيع . فاذا لم يستوف الدائن حقه من الوارث أو من أى طريق آخر ، كان له أن يتتبع العقار المبيع تحت يد المشتري كما كان يتبعه لو أنه كان دائنا مرتبها ، فيستوفى حقه منه . وذلك حتى لو كان البيع مسجلا قبل تأشير الدائن بحقه ، ما دام التأشير قد تم فى خلال سنة

(١) محمود شوق فى الشهر العقارى علما وعلاص ٤٣١ - هذا وحكم قاضى الأمور المستعجلة بمحو التأشير لا يمنع الدائن من أن يرفع على الورثة دعوى موضوعية بالدين ، فإذا صدر حكم لصالحه جاز له أن يطلب التأشير به على هامش تسجيل حق الإرث .

(٢) أنظر أيضا الفقرة الثالثة من المادة ٣١ من قانون السجل العيني ، وهى تقرر نفس

من تاريخ شهر حق الإرث^(١) . ونرى من ذلك أن من يتعامل مع الوارث فيشتري منه عقارات للتركة يجب عليه أن يحتاط ، فلا يقدم على الشراء قبل انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث^(٢) ، وعند ذلك يستطيع أن يتبين ما إذا كان هناك دائن للتركة أشربدينه حتى يتعامل مع الوارث على هذا الأساس . فاما أن يحتجز من الثمن مقدار الدين ليقوم هو بسداده للدائن ، أو أن يجعل الوارث نبي بالدين ؛ فاذا لم يفعل لا هذا ولا ذاك ، عرض نفسه لإجراءات التتبع التي يقوم بها دائن التركة^(٣) . ويبدو أن المشتري من الوارث لا يستطيع تطهير العقار كما كان يستطيع لو أن العقار كان مرهونا رهنا رسميا ، فان التطهير إجراء استثنائي لا يمتد من الرهن الرسمي إلى غيره من الحقوق المماثلة إلا بنص في القانون .

(١) إذ يجوز أن يتم شهر حق الإرث وتسجيل عقد البيع في محرر واحد ، أو في محررين يشهران في نفس اليوم ، أو يمرين شهر حق الإرث وتصرف الوارث بعقد مسجل فترة قصيرة لا يتمكن الدائن العادي خلالها من البحث والتأكد من حصول تسجيل حق الإرث ليبادر إلى شهر سند حقه . من أجل ذلك أعطى دائن التركة مهلة سنة من وقت شهر حق الإرث ، إذا أشرب في خلالها بسنده احتفظ بحقه في التتبع وحقه في التقدم ، وذلك - كما تقول المذكرة الإيضاحية لقانون الشهر العقاري - «حماية للدائن من التصرفات التي قد يبادر الوارث إلى إجرائها قبل أن يتمكن الدائن من العلم بافتتاح التركة ومن التأشير بدينه» .

وقد قصد المشرع ، إلى جانب ذلك ، إظهار جميع الديون العادية على التركة أو المبالغ الموصى بها للغير في ميعاد مناسب ، حدده بسنة واحدة من تاريخ قيام الوارث بشهر حقه في الإرث (محمود شوقي في الشهر العقاري علماً وعملاً ص ٤٢٤ - ص ٤٢٥) .

(٢) أما قبل شهر حق الإرث ، فقد قدمنا أن الوارث لا يستطيع التصرف في عقارات التركة ، إذ يمنع شهر أي تصرف يصدر منه قبل أن يشهر حق إرثه .

(٣) وينبني على حق التتبع الثابت لدائن التركة إذا أشرب بحقه في خلال السنة أمران : (أولاً) إذا أشرب المشتري من المورث الذي لم يسجل عقده ، باعتباره دائناً للتركة ، حقه في خلال السنة ، فإن له يتتبع العقار في يد المشتري من الوارث ، حتى لو أن هذا المشتري الأخير قد سجل عقده قبل أن يسجل عقده المشتري من المورث ، بل وقبل تأشير المشتري من المورث بحقه (الوسيط ٤ فقرة ٢٧١ ص ٤٨٣ - ٤٨٨) . (ثانياً) إذا أشرب الموصي له بعقار ، قبل تسجيل الوصية ، بحقه في خلال السنة ، فإن له أن يتتبع العقار في يد المشتري من الوارث ، حتى لو أن هذا قد سجل عقده قبل تسجيل الوصية ، بل وقبل تأشير الموصي له بحقه (إسماعيل غانم ص ١٥١ - حسن كيرة ص ٤٣ - ص ٤٤) .

ولذلك جاز التطهير في حق الاختصاص (م ١٠٩٥ مدني) وفي حقوق الامتياز الواقعة على عقار (م ١١٣٤ / ١ مدني) لوجود هذا النص ، ولم يجز في الرهن الحيازي لانعدامه (١) .

وأما حق التقدم فيتحقق إذا رتب الوارث رهنا مثلاً على عقار من عقارات الشركة ، وقيد الدائن المرتهن الرهن . فإذا لم يستوف الدائن حقه من أعيان الشركة الأخرى ، فإن له أن يستوفيه من العقار المرهون ، متقدماً في استيفائه لحقه على الدائن المرتهن . وذلك حتى لو كان الرهن قد قيد قبل تأشير الدائن بحقه ، ما دام التأشير قد تم في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث . وعلى ذلك يجب على من يرث من الوارث عقاراً من عقارات الشركة أن يربص سنة من وقت شهر حق الإرث قبل أن يقدم على ارتهاج العقار ، فإذا رأى أن دائناً للشركة قد أشر بحقه في خلال هذه السنة ، علم أن هذا الدائن يتقدم عليه في العقار المرهون بالرغم من أنه قد قيد الرهن قبل أن يؤشر دائن الشركة بحقه .

وإذا كان هناك دائنان للشركة أشر كل منهما بحقه في هامش تسجيل حق الإرث ، وسبق أحدهما الآخر في هذا التأشير ، فانه لا يتقدم عليه في استيفاء حقه من عقارات الشركة . ذلك أن الأفضلية المترتبة على أسبقية الشهر لا تكون فيما بين دائني الشركة ، فلا يتقدم أحدهم على الآخر لمجرد أنه أشر بحقه قبله . ولكن الدائن الذي أشر بحقه في خلال السنة له أن يتبع العقار في يد الغير وأن يتقدم فيه على دائن مرتهن من الوارث قيد رهنه قبل التأشير ، ولا يستطيع هذا التبع ولا هذا التقدم الدائن الذي لم يؤشر بحقه في خلال السنة (٢) .

(١) الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٣٤٨ - ص ٣٤٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٤ ص ٧٣٩ هامش ١ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٣٤٧ هامش ٢ - محمد كامل مرسى في الحقوق العينية الأصلية جزء ٥ فقرة ١٦٢ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٨٣ ص ٦١٥ وفي مقال له في الاتجاهات الحديثة في الميراث وتصفية الشركة في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٢٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٤ ص ٧٣٩ .

٣٨ - حالة شهرز الدين بعد انقضاء سنة من شهر من الإرث :

أما إذا تراخى الدائن في التأشير بحقه ، ولم يجر هذا التأشير إلا بعد انقضاء سنة من وقت تسجيل حق الإرث ، فإن هذا التأشير المتأخر لا يكون مع ذلك عديم القيمة ، فقد نصت المادة ١٤/٢ من قانون الشهر العقاري كما رأينا على أن « يحتاج بهذا التأشير من تاريخ حصوله » (١) :

وعلى ذلك إذا باع الوارث عقاراً في الشركة وسجل المشتري عقد البيع ، وبعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث أشر دائن الشركة بحقه ، فإن هذا الدائن لا يكون له حق تتبع العقار المبيع إذا كان المشتري قد سجل عقد البيع قبل أن يؤشر الدائن بحقه ، سواء حصل البيع قبل انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث أو بعد انقضائها . ذلك لأن التأشير الذي أجراه دائن الشركة بعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث لا يحتاج به إلا من تاريخ حصوله ، وقد حصل بعد أن سجل المشتري من الوارث عقد البيع ، فلا يحتاج بالتأشير إذن على المشتري ، ولا يكون لدائن الشركة حق تتبع العقار المبيع (٢) . أما إذا كان المشتري من الوارث قد سجل البيع بعد أن أشر الدائن بحقه ، سواء حصل البيع بعد التأشير أو قبله ، فإن التأشير بالدين يكون سابقاً على تسجيل البيع ، ويكون لدائن الشركة حق تتبع العقار بالرغم من أنه لم يؤشر بحقه إلا بعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث ، ما دام تأشيرته بحقه قد سبق تسجيل البيع .

كذلك إذا أشر الدائن بحقه بعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث ، ورهن الوارث عقاراً في الشركة وقيد الدائن المرتهن الرهن قبل تأشير

(١) أنظر أيضاً المادة ٣١/٣ من قانون السجل العيني .

(٢) وذلك ما لم يكن المشتري سيء النية متواطئاً مع الوارث ، بحيث يجوز للدائن أن يطعن في البيع بالدعوى البولصية (الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٣٤٩) . وإذا باع المورث عقاراً ولم يسجل المشتري البيع قبل موت المورث ، ثم باع الوارث العقار ذاته ، فإن المشتري من المورث يفضل على المشتري من الوارث إذا سجل عقده في خلال السنة التي تلي تسجيل حق الإرث أو أشر بحقه باعتباره دائناً للشركة في خلال هذه المدة ، حتى لو سجل المشتري من الوارث عقده قبل ذلك . أما إذا سجل المشتري من المورث البيع أو أشر بحقه بعد انقضاء السنة ، فالعبرة في المفاضلة بينه وبين المشتري من الوارث بالأسبقية في التسجيل أو التأشير (الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٣٤٩ هامش ٢ - وانظر آنفاً ص ٢٢ هامش ٣) .

الدائن بحقه ، فان الدائن المرتهن يتقدم على دائن التركة لأن قيد الرهن سبق التأشير بحق الدائن . أما إذا سبق التأشير قيد الرهن ، فان دائن التركة يتقدم على الدائن المرتهن .

وفي جميع الأحوال يجوز للدائن التركة ، إذا لم يستطع أو لم يرد تتبع العقار أو التقدم فيه ، أن يستوفي حقه من أموال التركة الأخرى التي لا تزال باقية في يد الوارث . كما له أن يرجع بالتعويض على الوارث في ماله الشخصي إذا كان هذا قد باع العقار أو رهنه غشا وإضراراً بحقوق دائن التركة ، ولو لم تتوافر شروط الدعوى البولصية^(١) .

٣٩ - مادة عزم شهر الرهن أصغر : هنا يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) ألا يكون الوارث قد شهر حق إرثه : وفي هذا الفرض لا يستطيع الوارث أن يتصرف في عقارات التركة ، إذ يجب عليه تسجيل حق الإرث إذا اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية ، « وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف من الوارث في حق من هذه الحقوق » (م ١/١٣ من قانون الشهر العقارى وم ١/٣٠ من قانون السجل العيني) . وعلى ذلك لا يستطيع الوارث أن يبيع عقارا من عقارات التركة ، أو يرتب عليه رهنا . ومن ثم تبقى عقارات التركة في ملك الوارث خالصة من أى حق عيني يرتبه عليها ، ومحملة بديون التركة كما لو كانت مرهونة في هذه الديون ، فيستطيع دائن التركة إذن ، بالرغم من عدم شهره لحقه ، أن ينفذ على هذه العقارات دون أن يعترضه في ذلك حق للغير . وليس لدائن الوارث أن ينفذوا على عقارات التركة ، قبل أن يستوفي دائنوا التركة حقوقهم منها .

وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون الشهر العقارى تأييدا لما قدمناه : « أما إذا لم يشهر حق الإرث ، فللدائن أن ينفذ على أعيان التركة استيفاء لحقه . والمفروض أنها تكون باقية على ملك الوارث ، إذ لا يجوز شهر أى تصرف صادر منه قبل شهر حق الإرث ذاته : : : فاذا أهل الوارث

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٣٤٩ .

شهر حقه ، لم يلتزم دائن التركة بشهر دينه ، مع بقاءه محميا بقاعدة لا تركة إلا بعد وفاء الديون فتظل ديون التركة رغم خفائها عالقة بأعيانها ، كما لو كانت مرهونة بها .

(الفرض الثاني) أن يكون الوارث قد شهر حق إرثه : ونحن نفرض أن الدائن لم يشهر حقه ، وذلك بالرغم من شهر الوارث لحق الإرث . ومن ثم يستطيع الوارث أن يتصرف في عقارات التركة ، كأن يبيعها وأن يرهنها ، وتكون هذه التصرفات جميعها نافذة في حق دائن التركة لأنه لم يشهر حقه . فلا يستطيع الدائن أن يتبع العقار المبيع في يد المشتري ، ولا أن يتقدم على الدائن الذي ارتهن عقارا من الوارث في هذا العقار بل يتقدم هذا الدائن عليه . ولكن ما يبقى في يد الوارث من عقارات التركة دون تصرف يكون محملا بحقوق دائن التركة ، فيستطيع الدائن أن ينفذ على هذه العقارات بحقه دون أن يعترضه في ذلك حق للغير . وليس للدائنين العاديين للورثة أن ينفذوا على هذه العقارات قبل أن يستوفى دائنو التركة حقوقهم منها .

وتأييدا لما قدمناه نقول المذكورة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقاري : « وللدائن في جميع الأحوال ، ولو أغفل التأشير بدينه بعد استطاعته ذلك - أي بعد شهر حق الإرث - أن ينفذ على أعيان التركة التي تكون باقية على ملك الوارث . بمعنى أنه إذا باع الوارث بعض عقارات التركة وسجل عقد البيع (بعد تسجيل حق الإرث) ولم يؤشر الدائن بدينه ، كان لهذا الأخير الرجوع على عقارات التركة التي لم يتعلق بها حق للغير . وإذا رهن الوارث بعض عقارات التركة وقيد الرهن ، فللدائن الذي لم يؤشر بدينه أن يرجع على هذا العقار المرهون ، ولكن يكون للدائن المرتهن أن يحتج قبله بحق الرهن » .

٤٠ - حالة تصرف الوارث في منقول التركة قبل سراد ديونها :

وما قدمناه من تأشير دائن التركة بحقوقهم تأشيراً هامشياً إنما يتعلق بعقارات التركة ، ولا شأن له بمنقولاتها . فالمنقول في التركة لا يحكمه نظام تسجيل

حق الإرث ولا تأشير دائن التركة بحقه ، وإنما تحكمه القاعدة المعروفة التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية .

فسواء سجل الوارث حق الإرث أو لم يسجل ، وسواء أشر دائن التركة بحقوقهم أو لم يؤثروا ، وبالرغم من تعلق ديون التركة بمنقولاتها كتعلقها بعقاراتها ، فانه إذا باع الوارث منقولا في التركة قبل سداد ديونها ، وتسلم المشتري المنقول وهو حسن النية أى لا يعلم أن المنقول الذى يشتره هو من أموال تركة لم تسدد ديونها ، فقد ملك المنقول خاليا من حقوق دائن التركة . ولا يستطيع دائن التركة أن يتبعه فى يده ، وليس للدائن إلا الرجوع بحقه على بقية أموال التركة التي لا تزال فى يد الوارث . فان لم يجد شيئا يستوفى منه حقه ، رجع بثمن المنقول على الوارث إذا كان حسن النية ، أو رجع عليه بالتعويض إذا كان سىء النية أى كان يعلم قبل أن يبيع المنقول أن على التركة دين لم يسدد .

أما إذا كان المشتري للمنقول سىء النية ، أى كان يعلم أن المنقول الذى يشتره هو من أموال تركة لم تسدد ديونها ، فانه يجوز لدائن التركة أن يتبع هذا المنقول فى يد المشتري وأن يستوفى حقه منه . وهذا لا يخل بحقه فى الرجوع على بقية أموال التركة التي لا تزال فى يد الوارث ، على النحو الذى قدمناه (١) .

المطلب الثانى

طريق الإجراءات الجماعية

٤١ - التصفية الجماعية للتركة أمر اختياري وهو على كل حال أمر

استثنائي : الأصل فى تسوية ديون التركة أن تكون بإجراءات فردية ، على النحو الذى فصلناه فيما تقدم . أما تسوية هذه الديون عن طريق إجراءات

(١) أنظر فى ذلك الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٣٤٩ - ص ٣٥٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٦ - وانظر فى تطبيق أحكام القانون المدنى دون أحكام الشريعة الإسلامية فى هذه المسألة عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٦ ص ٧٤٤ هامش ٢ - حسن كيرة ص ٤١ . وانظر عكس ذلك على الخفيف فى مدى تعلق الحقوق بالتركة فى مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٢١٧ .

جماعية ، أى التصفية الجماعية للتركة ، فهذا أمر اختياري ، بل هو أمر استثنائي لا يجوز الالتجاء إليه إلا عند الضرورة . ذلك أن نظام التصفية الجماعية ينطوي على إجراءات طويلة ، ويقتضى تكاليف كبيرة ، فلا يصح أن يكون نظاما إجباريا تخضع له كل التركات . بل هو ليس بنظام اختياري ، بمعنى أنه يجوز لذوى الشأن أن يطبقوه متى شاءوا . وإنما هو نظام وضع لتصفية التركات الكبيرة إذا أثقلتها الديون وتعقدت شؤونها ، فالنظام ملائم كل الملاءمة لمثل هذه التركات . والقاضى وحده هو الذى يقدر ما إذا كان يستجيب لطلب إخضاع التركة لنظام التصفية ، وهو لا يستجيب لهذا الطلب إلا إذا وجد من ظروف التركة ما يبرر ذلك (١) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى :
« وتصفية التركة من طريق تعيين مصف لها أمر اختياري لذوى الشأن وللقاضى . فلكل ذى شأن أن يطلب هذه التصفية إذا أراد . وللقاضى أن يجيب الطلب ، وله أن يرفضه إذا رأى أن التركة ليست فى حاجة إلى تصفية منظمة ، إما لانعدام الديون ، أو لتفاهتها ، أو لتفاهة التركة نفسها » ؟ (٢) .

٤٢ - معنى أنه تصفية التركة هى تصفية جماعية : وتبين المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى معنى أن تصفية التركة هى تصفية جماعية ، فتقول : « ومعنى ذلك أن المصنف وحده هو الذى يمثل التركة ، فلا يجوز للدائن اتخاذ أى إجراء إلا فى مواجهته ، ولا يجوز لأحد منهم الحصول على حق اختصاص على العقارات الموجودة فى التركة ، ولا يجوز للوارث أن يتصرف فى مال التركة قبل تصفيتها . فترتفع بذلك يد الدائن والورثة عن التركة ، ويمتنع اتخاذ أى إجراءات فردية حتى تتم التصفية . وبهذا تتحقق المساواة الفعلية بين الدائنين كما هو الأمر فى الإفلاس التجارى ،

(١) الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص ٣٥٠ هامش ١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠١ .

وتنتقل أموال التركة إلى الورثة خالية من الديون فيتحقق المبدأ القاضى
بألا تركة إلا بعد سداد الديون على وجه عملى ، ويستطيع الورثة أن
يتصرفوا فى هذه الأموال للغير دون أن يخشى الغير ظهور دائن للتركة
ينازعه ، فيستقر بذلك التعامل فى الأموال الموروثة . . . ويستخلص
مما تقدم أن الإجراءات التى نظمها المشروع تكفل حماية المصالح المختلفة .
فهى تكفل حماية مصلحة الورثة ، فكثيرا ما يختلفون على تصفية التركة
أو يهملون فى ذلك ، ويترتب على اختلافهم أو إهمالهم أكبر الضرر ،
أما بعد وجود إجراءات منظمة للتصفية فقد امتنع الخلاف أو الإهمال .
وهى تكفل حماية مصلحة من يتعامل مع الورثة ، يجعلهم يطمثون إلى
هذا التعامل ويأمنون أن يرجع عليهم الدائنون . وهى تكفل حماية مصلحة
دائى التركة بجعل التصفية جماعية ، لا يفضل فيها دائن على آخر دون
مبرر قانونى . هذا إلى أن السبيل قد مهد للوارث إذا أراد إفراز حصته
فى الميراث ، كما أن المورث قد أعطى حق قسمة تركته قبل موته ،
وهو أمر تفرضه الظروف على رب الأسرة فى أحوال كثيرة (١) .

٤٣ - مراحل التصفية الجماعية للتركة : ويمكن تقسيم إجراءات
التصفية الجماعية للتركة إلى مراحل أربع : (١) تعيين مصف للتركة .
(٢) جرد التركة بما لها وما عليها . (٣) تسوية ديون التركة . (٤) تسليم
أموال التركة للورثة خالية من الديون وقسمة هذه الأموال بينهم عند
الاقتضاء (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠١ - ص ٢٠٣ - وانظر فى أوجه الخلاف
بين الإفلاس التجارى وتصفية التركة تصفية جماعية محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٩٠ .
(٢) وهذه الإجراءات لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية . وقد قضت محكمة النقض
فى هذا المعنى بأن تصفية التركات التى نظمها القانون المدنى فى المواد ٨٧٥ وما بعدها لا تعتبر
من مسائل الأحوال الشخصية التى أوجبت المادة ٩٩ مرافعات تدخل النيابة فيها . ذلك أنه
انتقال المال إلى الوارث تأسيساً على الميراث بوصفه سبباً من أسباب نقل الملك هو مسألة تتعلق
بنظام الأموال . وقد أورد القانون المدنى أحكام تصفية التركات فى باب الحقوق العينية ،
ونصت الفقرة الثانية من المادة ٨٧٥ مدنى على اتباع أحكامه فيها ، وهى أحكام اختيارية
لا تتناول الحقوق فى ذاتها ، بل تنظم الإجراءات التى يحصل فيها الورثة والدائنون على حقوقهم
فى التركات فى نطاق القاعدة الشرعية التى تقضى بأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون . ولا يغير =

§ ١ - المهررة الأولى - تعيين مصنف للتركة

٤٤ - نصوص قانونية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٨٧٥ مدني

على ما يأتي :

« وتتبع في تصفية التركة الأحكام الآتية » .

وتنص المادة ٨٧٦ مدني على ما يأتي :

« إذا لم يعين المورث وصيا لتركته وطلب أحد ذوى الشأن تعيين مصنف لها ، عينت المحكمة ، إذا رأت موجبا لذلك ، من يجمع الورثة على اختياره . فإن لم يجمع الورثة على أحد تولى القاضي اختيار المصنف ، على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة ، وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء » .

وتنص المادة ٨٧٧ مدني على ما يأتي :

« ١ - لمن عين مصفيا أن يرفض تولى هذه المهمة ، أو أن يتنحى عنها بعد توليها ، وذلك طبقا لأحكام الوكالة » .

« ٢ - وللقاضي أيضا ، إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب ، عزل المصنف واستبدال غيره به ، متى وجدت أسباب تبرر ذلك » .

وتنص المادة ٨٧٨ مدني على ما يأتي :

« ١ - إذا عين المورث وصيا للتركة ، وجب أن يقر القاضي هذا التعيين » .

« ٢ - ويسرى على وصي التركة ما يسرى على المصنف من أحكام » .

من هذا النظر ما أورده المواد ٩٣٩ ، ٩٤٠ ، ٩٤٧ وما بعدها من قانون المرافعات المضافة بالقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٥١ تحت عنوان « في تصفية التركات » ضمن الكتاب الرابع الخاص بالإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ، لأن هذه الأحكام إنما أريد بها كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون مواجهة الأوضاع التي تستلزمها قواعد الإرث في بعض القوانين الأجنبية (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٦ ص ٦٧٧) .

وتنص المادة ٨٧٩ مدني على ما يأتي :

« ١ - على كاتب المحكمة أن يقيد يوماً فيوماً الأوامر الصادرة بتعيين المصنفين وبتثبيت أوصياء التركة ، في سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية . ويجب أن يؤشر في هامش السجل بكل أمر يصدر بالعزل وبكل ما يقع من تنازل » .

« ٢ - ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصنف من الأثر على حق الغير الذي يتعامل مع الورثة في شأن عقارات التركة ما للتأشير المنصوص عليه في المادة ٩١٤ » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٧٥/٢ : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٧/٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٩٤٦ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/٩٤٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٨٧٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٧) .

م ٨٧٦ : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن عبارة « عين القاضى الجزئى الذى يقع فى دائرته آخر موطن للمورث » بدلا من عبارة « عينت المحكمة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٥ . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « عينت المحكمة » بعبارة « عين القاضى الجزئى الذى يقع فى دائرته آخر موطن للمورث » ، ، وذلك « لأن قانون المرافعات هو الذى يتكفل بتعيين المحكمة المختصة بالنسبة إلى نوع الدعوى وبالنسبة إلى المكان » . واقترح أحد أعضاء اللجنة أن يضمن النص حكماً يسمح للقاضى بالخروج على إجماع الورثة على اختيار المصنف إذا وجد أن هذا الإجماع على باطل كما إذا كان ضاراً بمصلحة الدائنين ، فلم تأخذ اللجنة بهذا الاقتراح ، وأقرت المادة بالتعديل المقدم ذكره تحت رقم ٨٧٦ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٨ - ص ٢١٠) .

م ٨٧٧ : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى لم يكن يتضمن عبارة « أو النيابة العامة » في الفقرة الثانية . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٦ . وفى لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « أو النيابة العامة » إلى الفقرة الثانية ، « وبهذا أصبحت النيابة من ذوى الشأن فى طلب عزل المصنف أو استبداله ، وقد روعى فى التعديل ما قرره قانون المحاكم الحسبية فى أحكامه » ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٨٧٧ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١١ - ص ٢١٢) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، إذ لم يكن هذا التقنين يعرف نظام التصفية الجماعية للتركة .

وتقابل النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٣٦/٢ - ٨٤٠ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨٧٩/٢ - ٨٨٣ - وفي التقنين المدني العراقي لا مقابل - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (١) .

وتقتضى هذه النصوص بحث المسائل الآتية : (١) كيف يعين المصنف . (٢) قيد الأوامر الصادرة بتعيين المصنف . (٣) كيف تنتهى مهمة المصنف .

٤٥ - كيف يعين المصنف : يجب التمييز هنا بين فرضين : فإما أن يكون المورث قد عين وصياً للتركة حال حيانه ، أو ألا يكون قد فعل ذلك .

م ٨٧٨ : ورد هذا النص في المادة ١٣١٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن عبارة « وذلك فيما لا يتعارض مع إرادة المورث المشروعة » في آخر الفقرة الثانية . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٩ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٦ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « وذلك فيما لا يتعارض إلخ » من نهاية الفقرة الثانية ، « لأنها من قبيل التزيد ، وهى تعد قد نوحى بأن للمورث أن يختار وصياً لا تتوافر فيه الأهلية اللازمة لحسن الإدارة وتحد رقابة القاضى بالنسبة إليه » . ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٨٧٨ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١٣ - ص ٢١٤) .

م ٨٧٩ : ورد هذا النص في المادة ١٣١١ من المشروع التمهيدى ، وقد اقتصر هذا المشروع على الفقرة الأولى دون الفقرة الثانية . وفي لجنة المراجعة عدلت الفقرة الأولى بعض تعديلات لفظية وأضيفت الفقرة الثانية ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد تحت رقم ٩٥٠ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١٥ - ص ٢١٦) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٣٦/٢ - ٨٤٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٧٩/٢ - ٨٨٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

١ - فإذا كان المورث قد عين وصيا للتركة ، فإن المادة ٨٧٨ / ١ مدني تقضى . كما رأينا . بأنه يجب « أن يقر القاضى هذا التعيين » (١) . ويبدو أنه في حالة تعيين وصي للتركة يتعين على القاضى أن يقرر تصفية التركة تصفية جماعية ، إذ أن هذه هي إرادة المورث بدت من تعيينه وصيا للتركة ، ولا يجوز لا للورثة ولا للدائنين أن يعارضوا في ذلك (٢) . ومتى تقرر تسمية التركة تصفية جماعية ، فإنه يتعين على القاضى أيضا أن يثبت الوصى الذى عينه المورث ويعتبر أنه هو المصنفى للتركة . ولا يجوز له أن يستبدل به ابتداء شخصاً آخر ، وإن كان يجوز له أن يعزله كما سنرى . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٧٨ مدني كما رأينا :

« ويسرى على وصى التركة ما يسرى على المصنفى من أحكام » . وعلى ذلك يكون لوصى التركة جميع سلطات المصنفى ، وعليه جميع التزاماته . فللوصى ، كما للمصنفى . أن يرفض تولى المهمة أو أن يتنحى عنها بعد توليها ، وله أن يطلب أجراً عادلاً على قيامه بمهمته . وعليه جميع واجبات المصنفى من تسليم أموال التركة وإدارتها ، واتخاذ جميع الاحتياطات المستعجلة بما في ذلك تجهيز الميت والنفقة على من كان يعوله الميت من الورثة ، وجرد التركة بما لها من حقوق وما عليها من ديون ، وتسوية ديون التركة ، وتسليم أموال التركة للورثة خالصة من الديون ، وهى شائعة أو بعد تقسيمها . ويجوز للقاضى عزل وصى التركة واستبدال غيره به متى وجدت أسباب تبرر ذلك ، كما يجوز له ذلك بالنسبة إلى المصنفى .

والقاضى المختص بتثبيت وصى التركة وبعزله ، وكذلك بتعيين مصنفى التركة وبعزله ، وبوجه عام ينظر جميع المسائل المتعلقة بتصفية التركة تصفية جماعية ، كان : فى المشروع التمهيدى للمادة ٨٧٦ مدني ، القاضى الجزئى الذى يقع فى دائرته آخر موطن للمورث . ولكن لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « عينت المحكمة » بعبارة « عين القاضى

(١) وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، أنظر فى تعيين مديرى التركات وتثبيت منفذى الوصايا أو تعيينهم المواد ٩٣٩ - ٩٤٦ مرافعات .

(٢) حسن كيرة ص ٥٤ - ص ٤٦ .

الجزئى الذى يقع فى دائرته آخر موطن للمورث » ، وقالت فى تقرير هذا التعديل إن « قانون المرافعات هو الذى يتكفل بتعيين المحكمة المختصة بالنسبة إلى نوع الدعوى وبالنسبة إلى المكان » ، وأقر مجلس الشيوخ هذا التعديل (١) . ولما كان تقنين المرافعات لا يشتمل على نص خاص يعين المحكمة المختصة بتصفية التركات تصفية جماعية ، فلم يبق إلا تطبيق القواعد العامة فى هذا التقنين . ويبدو أنه فيما يتعلق بالاختصاص النوعى تكون المحكمة الابتدائية هى المختصة ، إذ أن المادة ١/٥١ مرافعات تقضى بأن تختص المحكمة الابتدائية بالحكم فى جميع الدعاوى التى ليست من اختصاص القاضى الجزئى . ولم يذكر تقنين المرافعات تصفية التركات ضمن الأمور التى يختص بها القاضى الجزئى ، فتكون إذن من اختصاص المحكمة الابتدائية ، إلا إذا كانت قيمة التركة لا تتجاوز مائتين وخمسين جنيتها نصاب القاضى الجزئى ولكن التركات التى لا تتجاوز قيمتها مائتين وخمسين جنيتها لا تصنف تصفية جماعية لتفاهة قيمتها . وفيما يتعلق بالاختصاص المحلى قد نصت المادة ٥٩ مرافعات على أن « الدعاوى المتعلقة بالتركات التى يرفعها الدائن قبل قسمة التركة تكون من اختصاص المحكمة التى يقع فى دائرتها محل افتتاح التركة ، وكذلك الدعاوى التى يرفعها بعض الورثة على بعض قبل القسمة » . وإذا كانت تصفية التركة لا تدخل فى نطاق حرفية هذه المادة ، إلا أنه يؤخذ من النص أن المحكمة المختصة بالنظر فى المسائل المتعلقة بالتركة قبل تسوية ديونها وقبل قسمتها هى المحكمة التى يقع فى دائرتها محل افتتاح التركة . وعلى ذلك يمكن القول بأن المحكمة المختصة بنظر تصفية التركة تصفية جماعية هى المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها محل افتتاح التركة ، أى المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث . وقد نصت المادة ٩٤٧ مرافعات ، فيما يتعلق بتركات الأجانب ، فعلا على اختصاص هذه المحكمة إذ قالت : « تختص المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها آخر موطن للمورث بتعيين

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٤ فى الهامش .

مصف للتركة وعزله واستبدال غيره به ، وبالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالتصفية » . ونصت المادة ٩٤٨ مرافعات ، فيما يتعلق بتركات الأجانب أيضا ، على أنه « فيما عدا الأحوال التي يختص بها قاضي الأمور الوقفية يرفع الطلب ويفصل فيه وفقا للأحكام والإجراءات والمواعيد المعتادة في الدعاوى » .

ب - وإذا لم يكن المورث قد عين وصيا لتركته ، فهنا يتسع مجال التقدير للمحكمة (١) . فهي تقدر أولا ما إذا كان هناك محل لتقرير أن تكون تصفية التركة تصفية جماعية ، ولا تقرر ذلك إلا إذا طلب إليها أحد ذوى الشأن تعيين مصف للتركة . وذوو الشأن هنا هم بوجه عام الورثة والموصى لهم والدائنون . فإذا طلب أحد من هؤلاء ، في صورة دعوى يرفعها بالأوضاع المعتادة ، تعيين مصف للتركة ، فالمحكمة غير ملزمة بإجابته إلى طلبه ، بل تقدر ما إذا كان هناك مبرر لتصفية التركة تصفية جماعية . فقد قدمنا أن هذه التصفية إنما هي نظام استثنائي وضع لتصفية التركات الكبيرة المثقلة بالديون ، وللقاضي أن يرفض إخضاع التركة لهذا النظام الطويل الإجراءات الكثير النفقات إذا رأى أن التركة ليست في حاجة إليه ، إما لانعدام الديون أو لتفاهتها أو لتفاهة التركة نفسها (٢) . والمحكمة تقدر ثانيا ، إذا قررت إجابة ذوى الشأن إلى طلب التصفية الجماعية ، من يكون المصنف للتركة ، إذ هي التي تعينه . وهي غير ملزمة برأي أحد في ذلك ، إلا إذا أجمعت الورثة على اختيار شخص معين ، سواء كان وارثا أو غير وارث . فعند ذلك تتقيد المحكمة بمن أجمعت الورثة على اختياره ، ولا تستطيع العدول عنه إلى غيره ولو عارض في اختياره الدائنون أو الموصى لهم (٣) . فإذا لم تجمع الورثة على اختيار

(١) وهي المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها آخر موطن للمورث كما سبق القول (أنظر آنفا ص ١٣٤) .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٤١ .

(٣) أنظر مدار من المناقشة في هذا الشأن في لجنة مجلس الشيوخ في صدد المادة ٨٧٦

مدني آنفا ص ١٣١ هامش ١ .

أحد ، عينت المحكمة بنفسها المصنف ، ويكون من الورثة بقدر المستطاع ، وذلك بعد أخذ رأى الورثة (م ٨٧٦ مدنى سالفه الذكر) . ولا تتقيد المحكمة فى اختيار المصنف بأغلبية الورثة ، فإذا اختارت الأغلبية شخصا واختارت الأقلية شخصا آخر ، كان للمحكمة أن تعين الشخص الذى اختارته الأغلبية أو الشخص الذى اختارته الأقلية ، أو تختار شخصا آخر غيرهما بحسب تقديرها ، إذ هى لا تتقيد كما قدمنا إلا بالشخص الذى أجمعت على اختياره الورثة .

والمصنف هو فى حكم الوكيل عن الورثة ، وهو نائب عنهم نيابة قانونية . وتسرى عليه أحكام الوكالة (١) ، فيجوز له أن يرفض تولى المهمة ، سواء كان مصفيا أجمعت على اختياره الورثة أو مصفيا اختارته المحكمة أو وصيا للتركة عينة المورث حال حياته . فإذا رفض تولى المهمة ، كان على المحكمة تعيين مصف للتركة بدلا منه ، بنفس الطريقة التى سبق بيانها .

٤٦- قير الاوامر الصادرة بتعيين المصنفين .-نصوص قانونية :

وقد رأينا أن المادة ٨٧٩ مدنى تقضى بأن « على كاتب المحكمة أن يقيد يوما فيوما الأوامر الصادرة بتعيين المصنفين وبتثبيت أوصياء التركة ، فى سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية : ويجب أن يؤشر فى هامش السجل بكل أمر يصدر بالغزل وبكل ما يقع من تنازل » . وقيد الأمر الصادر بتعيين المصنف إذا اختارته المحكمة أو أجمعت عليه الورثة ، وبتثبيت الوصى إذا عين المورث وصيا للتركة قبل موته ، مسألة هامة إذ تترتب عليها نتائج خطيرة كما سنرى : لذلك يجب أن يكون القيد فى اليوم نفسه الذى يصدر فيه الأمر بالتعيين أو بالتثبيت .

(١) ومنها إذا تعدد المصفون ، ولم يرخص لهم فى الانفراد بالعمل ، كان عليهم طبقاً للمادة ٧٠٧ مدنى أن يعملوا مجتمعين إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأى . واختصاصهم فى دعوى الشفعة ، إذا باعوا أطياناً شفع فيها ، هو ما يلزم معه تبادل الرأى فيما بينهم ، فيجب اختصاصهم جميعاً ، ولا يفى اختصاص مصف عن اختصاص الآخرين (نقض مدنى ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٣ ص ٢٩٦) .

ويعد كاتب المحكمة لهذا القيد سجلاً عاماً ، تقيد فيه أسماء المورثين بحسب الترتيب الأبجدي ، فيسهل العثور على اسم المورث المطلوب عند البحث عنه . فإذا صدر أمر بتعيين مصف أو بتثبيت وصي للتركة . عهد كاتب المحكمة في يوم صدور الأمر إلى قيد هذا الأمر ، ويتضمن طبعاً اسم المصنف أو الوصي أمام اسم المورث . فيستطيع دائن التركة مثلاً ، إذا علم أن مدينه قد مات ، أن يعرف ما إذا كان قد تقررت تصفية تركته تصفية جماعية . وذلك بأن يبحث في قلم كتاب المحكمة الابتدائية التي يدخل في دائرتها آخر موطن لهذا المدين ، وفي السجل المعد لقيد الأوامر الصادرة بتعيين المصنفين ، وأمام اسم المدين (المورث) المدون في السجل بحسب الترتيب الأبجدي ، ما إذا كان قد صدر أمر بتعيين مصف للتركة . فإذا كان قد صدر هذا الأمر ، فإنه لا محالة يعثر على اسم المورث مدوناً في السجل ، ويجد أمام هذا الاسم الأمر الصادر بتعيين المصنف مقيداً (١) . ويجب أيضاً على كاتب المحكمة أن يؤشر في هامش السجل ، بجانب كل أمر صادر بتعيين مصف للتركة ، كل أمر يصدر بعزل هذا المصنف أو ما يقع منه من تنازل أو تنح عن مهمته ، ثم يقيد أمام اسم المورث دائماً الأمر الصادر بتعيين المصنف الجديد الذي حل محل المصنف السابق . وبذلك يتمكن كل من يطلع على هذا السجل أن يعلم بالنسبة إلى تركة معينة ، ما إذا كانت هذه التركة قد تقررت تصفيتها تصفية جماعية ، ومن هو

(١) وقد اقترح أن يتم شهر الأوامر الصادرة بتعيين المصنفين وبثبيت أوصياء التركة في نفس السجلات المخصصة لشهر حقوق الإرث في مكاتب الشهر العقاري ، لا في قلم كتاب المحكمة المختصة بنظر التصفية ، وذلك حتى لا تتعدد جهات الشهر . فيكون على كاتب المحكمة أن يبلغ يوماً فيوماً هذه الأوامر للتأشير بها في هامش تسجيل حق الإرث إذا كان قد سجل ، أول تسجيلها إذا لم يكن قد تم تسجيل حق الإرث (أنظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٨٨ ص ٦٢٠ - وفي بحثه في الاتجاهات الحديثة في الميراث وتصفية التركات بمجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٣٢) - وإذا كانت هذه الطريقة المقترحة تحقق توحيد جهات الشهر في مسائل التركات ، إلا أنها من جهة أخرى تقتضي أن يتم شهر أمر تعيين المصنف في مكاتب الشهر تتعدد بتعدد مقارات التركة ، إذا كانت هذه المقارات تقع في دائرة اختصاص أكثر من مكتب واحد .

المصنف الذى عين للقيام بهذه التصفية ، ومن عسى أن يكون قد حل محله إذا كان قد عزل أو كان قد تنحى .

وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٧٩ مدنى كما رأينا : « ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصنف من الأثر فى حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شأن عقارات التركة ما للتأشير المنصوص عليه فى المادة ٩١٤ » . والتأشير المنصوص عليه فى المادة ٩١٤ مدنى هو تأشير دائن التركة بحقه فى هامش تسجيل حق الإرث ، وقد رأينا أن هذا التأشير يغل يد الورثة عن التصرف فى أموال التركة . وعلى ذلك يكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصنف أثرا ناهيا :

(أولا) لا يجوز للوارث ، من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصنف إلى أن يتسلم شهادة التوريث التى تعطى له بعد تسوية الديون وسيأتى بيانها فيما يلى ، أن يتصرف فى أموال التركة أو أن يستوفى ما للتركة من ديون . وتنص المادة ٨٨٤ فى هذا الصدد على ما يأتى : « لا يجوز للوارث ، قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث المنصوص عليها فى المادة ٩٠١ ، أن يتصرف فى مال التركة ، كما لا يجوز له أن يستوفى ما للتركة من ديون أو أن يجعل ديناً عليه قصاصاً بدين للتركة » (١) . ذلك أنه من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصنف تبدأ الصفة الجماعية للتصفية ، وهذه الصفة لها أثرها بالنسبة إلى الورثة كما نرى هنا ، وبالنسبة إلى دائنى التركة

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣١٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٥٥ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٣ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٧ - ص ٢٢٩) .

ولامقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٤٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٨٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

كما سيجىء . فبالنسبة إلى الورثة . تغل أيديهم عن التصرف في أموال
التركة بالبيع أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات ، وعن قبض الديون
التي للتركة ، وعن إجراء المقاصة في دين عليه بدين للتركة على دأته
وذلك لأن التصفية الجماعية تكون قد بدأت بقيد الأمر الصادر بتعيين
المصنى (١) . وشأن التركة التي تصنى تصفية جماعية هو شأن أموال المفلس
التي تصنى تصفية جماعية ، وشأن المصنى هو شأن سنديك التفليسة . وكما
تغل يد المفلس عن التصرف في أمواله كذلك تغل يد الورثة عن التصرف
في أموال التركة ، وكما يكون للسنديك وحده حق التصرف في أموال
المفلس كذلك يكون للمصنى وحده حق التصرف في أموال التركة .

ولا ضير في ذلك على الورثة فقد علموا بتعيين المصنى وقد يكونون هم
الذين اختاروه ، ولا على من قد يتعامل مع الورثة فهؤلاء يستطيعون
قبل التعامل أن يبحثوا في سجلات المحكمة الابتدائية فيعثروا على الأمر
الصادر بتعيين المصنى مقيداً فيعلموا أن الورثة لا يحق لهم التعامل في أموال
التركة ، ولا على المدينين للتركة فهؤلاء قبل أن يوفوا ديونهم للورثة
بطريق مباشر ، أو يوفوها بطريق غير مباشر بأن يجعلوها قصاصاً في حق
لهم على الورثة (٢) ، يستطيعون هم أيضاً أن يعثروا في سجلات المحكمة
الابتدائية على الأمر الصادر بتعيين المصنى فيعلموا أن الوفاء بالديون
يجب أن يكون للمصنى دون الورثة (٣) . ويحسن بمصنى التركة أن يبادر

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نصوص المواد ٨٨٤ و ٨٩٩ و ٩٠٠ و ٩٠١ من
القانون المدني أن الوارث لا يتصل أي حق له بأموال التركة ، مادامت التصفية قائمة (نقض
مدني ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٣ ص ٢٩٦) .

(٢) وكذلك لا يجوز لدائن التركة أن يجعل دينه على التركة قصاصاً في دين عليه للوارث ،
لأن دائن التركة لا يستوفي حقه إلا من أموال التركة ولا يجوز له أن يسوفيها من أموال
الوارث الخاصة (إسماعيل غانم ص ١٥٣ - ص ١٥٤) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما الورثة فلا يجوز
لأحد منهم أن يتصرف في مال التركة قبل أن تسلم له شهادة النورث ، أي بعد تصفية الديون .
وهذه المسألة الأساسية في إجراءات التصفية هي التي تحقق المبدأ القاضى بآلا تركة إلا بعد
سداد الدين تحقيقاً عملياً . وكما يمنع الوارث من التصرف ، يمنع كذلك من استيفاء ما للتركة
من ديون بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر ، كأن يجعل ديناً عليه قصاصاً بدين للتركة ، لأن
المصنى هو وحده الذي تصبح له صفة القبض في حقوق التركة حتى يتمكن من تسوية ديونها ،
ولأن قبض الوارث لحق في التركة يشبه أن يكون تصرفاً في هذا الحق (مجموعة الأعمال التحضيرية
٦ ص ٢٢٨) .

منذ تعيينه إلى تسجيل شهادة الإرث في مكاتب الشهر التي تقع في دوائرها عقارات الشركة . وبذلك يستحث دائني الشركة أن يؤثروا بحقوقهم على هامش هذا التسجيل ، فيتمكن من معرفة الديون العادية التي على الشركة مما يساعده على تسوية هذه الديون . وبذلك أيضا يكون أمام من يتعامل مع الورثة طريقان لمعرفة الخطر الذي يهددهم إذا أقدموا على هذا التعامل : طريق قيد الأمر بتعيين المصنف في سجلات المحكمة ، وطريق تأشير دائني الشركة بحقوقهم على هامش تسجيل حق الإرث في مكاتب الشهر العقاري (١) .

(ثانيا) لا يجوز لدائني الشركة ، من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصنف ، أن يتخذوا أي إجراء فردي على أموال الشركة . فقد بدأت الصفة الجماعية للتصفية من وقت قيد هذا الأمر كما قدمنا ، فيجب أن تكون إجراءات دائني الشركة إجراءات جماعية ، وفي مواجهة المصنف

(١) ويقول الدكتور محمود شوقي في هذا المعنى : « ونرى أن من أهم واجبات المصنف للشركة ، سواء كان من بين الورثة أو من الغير ، أن يقوم بشهر حق الإرث ، حتى يمكن بما يتخذه من إجراءات أمام المحكمة ، وما يتضح له من تأشيرات في مكاتب الشهر المختصة ، أن يؤدي وظيفته وهي التصفية على أكمل وجه (محمود شوقي في الشهر العقاري علماً وعملاً ص ٤٢٨) .

وقد يتم شهر الإرث قبل تعيين المصنف ، فأى تصرف يصدر من الوارث ، إذا قيد الأمر الصادر بتعيين المصنف في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث ، لا يكون نافذاً في حق دائني الشركة ، ولهؤلاء لا للمصنف أن يتبعوا العقار المبيع في يد المشتري . ويتتبع الدائنون العقار في يد المشتري بالرغم من فتح التصفية الجماعية وقيام المصنف بالعمل دون الورثة والدائنين ، إذا وقع أن هذه التصفية لم تسر إلى غايتها واتفق ذوو الشأن جميعاً على عدم المضى فيها (قارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٥ ص ٧٤٣ هامش ١) . أما إذا قيد الأمر بتعيين المصنف بعد انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث دون أن يؤشر دائني الشركة بحقه في هامش تسجيل حق الإرث في خلال السنة ، فالعبرة بالأسبقية في الشهر . وكذلك للمصنف تتبع منقولات الشركة التي يبيعها الورثة قبل سداد الديون ، ما لم يكن المشتري حسن النية . بل إن الوارث إذا تصرف غشاً في شيء من مال الشركة الخاضعة لنظام التصفية ، عوقب بمقوبة التهديد كما سنرى (أنظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ١٩٤ ص ٣٥١) .

لا في مواجهة الورثة . وتنص المادة ٨٨٣ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : « ١ - لا يجوز من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصني أن يتخذ الدائنون أى إجراء على التركة . كما لا يجوز لهم أن يستمروا في أى إجراء اتخذه ، إلا في مواجهة المصني . ٢ - وكل توزيع فتح ضد المورث ، ولم تقفل قائمته النهائية ، يجب وقفه حتى تتم تسوية جميع ديون التركة متى طلب ذلك أحد ذوى الشأن » (١) . فكل إجراء فردى يتخذه أحد دائني التركة على أموالها بعد قيد الأمر الصادر بتعيين المصني يكون باطلا ، إذ يجب كما قدمنا بعد قيد هذا الأمر أن تكون إجراءات الدائنين جماعية وفي مواجهة المصني . فالمصني هو الذى يفحص الديون التى لهم ، ويحصيها ، ويقوم بسدادها . فإذا كانت التركة إموسرة تقاضى كل دائن حقه كاملا ، وإذا كانت معسرة تقاضى كل دائن من أموال التركة بنسبة الحق الذى له ، وبذلك تتحقق المساواة الفعلية ما بين الدائنين ، وهذه هى فائدة التصفية الجماعية للتركة بالنسبة إلى الدائنين . وغنى عن البيان أنه إذا كان لدائن منهم حق التقدم قانونا كأن كان دائنا مرتبها أو له حق امتياز ، استوفى حقه من المال محل الضمان متقدما على سائر الدائنين . ويلاحظ

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣١٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الأولى من نص المشروع التمهيدى كانت تنتهى بالعبارة الآتية «وكذلك لا يجوز الحصول على حق اختصاص على العقارات الموجودة بالتركة» . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ٩٥٤ في المشروع النهائى ، بعد حذف هذه العبارة لعدم الحاجة إليها إذ لا يجوز بعد موت المدين أخذ حق اختصاص على عقارات التركة (م ١٠٨٥/٢ مدني) . ثم وافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٥٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦) . ولا مقابل للنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٤٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٨٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية البنائى لا مقابل .

في هذا الصدد أنه لا يجوز لأى من دائني التركة ، بعد موت المدين ، أن يأخذ حق اختصاص على عقار في التركة (م ١٠٨٥ / ٢ مدني) ، فإنه بموت المدين يتحدد مركز دائنيه بعضهم بالنسبة إلى بعض حتى تتحقق المساواة فيما بينهم ، فلا يتفاضلون بعضهم على بعض إلا بسبب كان موجودا قبل موت المدين ، كرهن أو امتياز أو اختصاص أخذ في حياة المدين . وإذا اتخذ أحد دائني التركة إجراء فرديا على مال المدين قبل موته ، بأن حجز مثلا على ماله ، فموت المدين وقيد الأمر الصادر بتعيين المصنف يجب وقف هذا الإجراء الفردي ، ولا يجوز للدائن أن يستمر فيه إلا في مواجهة المصنف ، وبذلك ينقلب إلى إجراء جماعي ، ويتحاص الدائن مع سائر دائني التركة أموال المدين إلا إذا كان له حق التقدم بسبب موجود قبل موت المدين كما سبق القول . ولكن إذا كان الدائن قد وصل في الإجراء الفردي الذي اتخذه على مال المدين حال حياته إلى حد بيع هذا المال وفتح باب التوزيع فيه وإقفال قائمة التوزيع النهائية ، فعند ذلك يكون الدائن قد وصل في الإجراء الفردي الذي اتخذه إلى نهايته ، ولم يعد هناك بد من تنفيذ قائمة التوزيع النهائية كما هي ، وحصول كل دائن على ما خصص له في هذه القائمة . أما إذا كانت قائمة التوزيع النهائية لم تقفل قبل قيد الأمر بتعيين المصنف . فإنه يجب وقفها بناء على طلب المصنف أو بناء على طلب أى من ذوى الشأن كوارث أو دائن . وذلك حتى يتم حصر ديون التركة جميعا فتضم التوزيعات بعضها إلى بعض ، وتسوى الديون جملة واحدة (١) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «أما دائنو التركة فلا يستطيعون اتخاذ أية إجراءات فردية ضد أحد الورثة أو ضد الورثة جميعاً . بل يجب أن توجه الإجراءات إلى المصنف باعتباره وكيلا عن الورثة . وكل توزيع فتح ضد المورث حال حياته ، ولم تقفل قائمته النهائية ، يوقف بناء على طلب أحد ذوى الشأن ، حتى يتم حصر ديون التركة جميعاً وتضم التوزيعات بعضها إلى بعض ، وتسوى الديون جملة واحدة . ومن أهم ما يترتب على وقف الإجراءات الفردية من الآثار حرمان الدائنين من أخذ حقوق اختصاص على العقارات الموجودة في التركة ، حتى لا يتميز أحدهم على الآخرين دون مبرر . ويلاحظ في هذا الصدد أن حق الاختصاص ، بعد أن حرم في حالتى الإعسار والموت ، فأصبح لا يجوز -

٤٧ - كيف تنهى مهمة المصنى : ومهمة المصنى تنتهى فى الأصل

بأنهاء التصفية . ولكنها قد تنهى قبل انتهاء التصفية بأحد أمور ثلاثة :
بالتنحي أو بالموت أو بالغزل .

أما انتهاءها بالتنحي فلأن المصنى فى حكم الوكيل ، وللكيل أن يتنحي عن الوكالة . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٨٧٧ مدنى فى هذا المعنى كما رأينا : « لمن عين مصفيا أن يرفض تولى هذه المهمة ، أو أن يتنحي عنها بعد توليها طبقا لأحكام الوكالة » . ومن أحكام الوكالة فى تنحي الوكيل ما تنص عليه المادة ١/٧١٦ مدنى من أنه « يجوز للوكيل أن يتزل فى أى وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق مخالف لذلك ، ويتم التنازل باعلانه للموكل . فإذا كانت الوكالة بأجر ، فإن الوكيل يكون ملزما بتعويض الموكل عن الضرر الذى لحقه من جراء التنازل فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول » . ويبدو أن المصنى إذا أراد أن يتنحي عن مهمته . يجب أن يبلغ تنحيه للمحكمة التى عينته ، ولو كان الورثة هم الذين اختاره بالإجماع ، أو كان وصيا للتركة عينه المورث قبل موته وثبته المحكمة . ومن أحكام التنحي عن الوكالة أيضا ما نصت عليه المادة ١/٧١٧ مدنى من أنه « على أى وجه كان انتهاء الوكالة ، يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف » .

وقد تنهى مهمة المصنى بموته قبل انتهاء التصفية ، إذ هو فى حكم الوكيل كما قدمنا ، والوكالة تنهى بموت الوكيل (م ٧١٤ مدنى) . وتنص المادة ٢/٧١٧ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « وفى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل ، يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم ،

=أخذه إلا فى حياة المدين المورس ، لم يعد يترتب عليه ضرر ، وبقيت فائدته الرئيسية من أن الدائن يطمئن إلى ضمان حقه فى المستقبل إذ المدين حى ويجوز أن يتصرف فى ماله . أما بعد الموت فلا محل لأخذ حق الاختصاص ، إذ لا يخلو الأمر من أن تكون التركة معسرة فلا معنى لتقدم دائن على آخر ، أو موسرة فلا فائدة من أخذ الاختصاص بعد أن امتنع تصرف المدين فى ماله بعد موته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٧ - ص ٢٢٨) .

وأن يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح الموكل . ويبدو أن ورثة المصنف يجب أن يخطروا المحكمة التي عينت المصنف بموته ، كما يجوز أن يخطر المحكمة بذلك كل ذي شأن كالورثة والدائنين والموصى لهم .

وتنتهى مهمة المصنف قبل انتهاء التصفية ، أخيراً ، بالعزل . وقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٨٧٧ مدني تقول في هذا الصدد : « وللقاضي أيضاً ، إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب ، عزل المصنف واستبدال غيره به ، متى وجدت أسباب تبرر ذلك » . والأسباب التي تبرر عزل المصنف متنوعة ، فقد تكون عدم كفايته لإدارة التركة وتصفيها ، وقد تكون عدم أمانته ، وقد تكون ما يبدو منه من إهمال وتقصير وقد تكون غير ذلك من الأسباب . فتمت تجمعت لدى المحكمة أسباب جدية تبرر عزل المصنف عزله ، وقد يكون هذا العزل بناء على طلب أحد من ذوى الشأن كدائن أو وارث أو موصى له ، أو بناء على طلب النيابة العامة ^(١) . أو دون طلب من أحد فتعزل المحكمة المصنف من تلقاء نفسها ^(٢) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وكما أن القاضي هو الذى يعين المصنف ، فهو الذى يملك عزله أيضاً بناء على طلب أحد من ذوى الشأن أو دون طلب . سواء فى ذلك أن يكون المصنف قد عين بإجماع الورثة أو كان مختاراً من القاضي » ^(٣) .

وإذا انتهت مهمة المصنف قبل انتهاء التصفية ، سواء كان انتهائها بتنحى المصنف أو بموته أو بعزله ، فعلى المحكمة أن تعين مصفياً آخر مكانه

(١) أنظر إضافة النيابة العامة فى لجنة مجلس الشيوخ وقد روى فى هذه الإضافة ما قرره قانون المحاكم الحسبية فى أحكامه : آنفاً ص ١٣١ هامش ١ .

(٢) ودعوى العزل لا تمس نظام التصفية فى شيء ، وإنما هى متعلقة بشخص المصنف وما هو منسوب إليه . ولم يشترط القانون إدخال الدائنين فى دعوى العزل ، ولو كان الحكم بتعيين المصنف قد صدر فى مواجعتهم . وذلك أن رأيهم غير ذى أثر فى نظر القاضي الذى يملك العزل من تلقاء نفسه ، ومن باب أولى تلبية لرغبة وارث واحد قد يكون مالكا لأقل الأنصبة (نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٦ ص ٦٧٧) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١٨ .

حتى يتم تصفية الشركة التي بدأها المصنف السابق . ويكون تعيين المصنف الجديد إما باختيار الورثة له بالإجماع ، أو باختيار المحكمة إياه إذا لم يكن هناك إجماع من الورثة ، وذلك على الوجه الذي بسطناه عند الكلام في تعيين المصنف (١) .

٢٨ - المرحله الثانية - جرد الشركة بما لها وما عليها

٤٨- خطوات هذه المرحله : بعد مرحلة تعيين المصنف ، ندخل في مرحلة جرد الشركة بما لها وما عليها . وهذه المرحلة الثانية تشمل على إجراءات أولية ، تتلوه إجراءات إدارة الشركة وجردها .

أما الإجراءات الأولية فتتظم الخطوات الآتية : (١) تسلم المصنف أموال الشركة وما يتعلق بأجره وبنفقات التصفية (م ٨٨٠ مدني) .
(٢) اتخاذ الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على الشركة (م ٨٨١ مدني) .
(٣) تجهيز الميث وصرف نفقة لمن كان الميث يعولهم من ورثته (م ٨٨٢ مدني) .

وأما إجراءات إدارة الشركة وجردها فتتظم الخطوات الآتية : (١) إدارة الشركة ومسئولية المصنف عن الإدارة (م ٨٨٥ مدني) . (٢) تكليف دائني الشركة ومدينها بتقديم بيان عما لهم من حقوق وما عليهم من ديون (م ٨٨٦ مدني) . (٣) جرد حقوق الشركة وديونها (م ٨٨٧ - ٨٨٩ مدني) . (٤) الفصل في المنازعات المتعلقة بالجرد (م ٨٩٠ مدني) .

٤٩- تسلم المصنف أموال الشركة وما يتعلق بأجره وبنفقات التصفية -

نص قانوني : تنص المادة ٨٨٠ مدني على ما يأتي :

« ١ - يتسلم المصنف أموال الشركة بمجرد تعيينه ، ويتولى تصفيتها برقابة المحكمة . وله أن يطلب منها أجرا عادلا على قيامه بمهمته » .

(١) أنظر آنفاً فقرة هـ .

« ٢ - ونفقات التصفية تتحملها التركة ، ويكون لهذه النفقات حق امتياز في مرتبة امتياز المصروفات القضائية » (١) .

ويخلص من هذا النص أن المصنف يبدأ بتسليم أموال التركة بمجرد تعيينه ، ليقوم بتصفيتها وسداد الديون برقابة المحكمة الابتدائية التي عينته ، وهي المحكمة التي يوجد في دائرتها آخر موطن للمورث أي المحكمة المختصة بنظر مسائل التصفية . ويتسلم المصنف أموال التركة ممن هي تحت يدهم من ورثة الميت وأقاربه وذويه وودعائه وغيرهم ممن يحرزون هذه الأموال كالمصارف والشركات ، كما يتسلم أوراق الميت ومستنداته ليستعين بها على معرفة حقوقه وديونه .

ويجوز للمصنف ، ولو كان وارثا ، أن يطلب من المحكمة أن تحدد له أجرا عادلا ، لتعويضه عما يتكلفه من جهد ووقت في أعمال التصفية وهذا الأجر يدخل ضمن نفقات التصفية ، ويكون حقا ممتازا مثلها .

أما نفقات التصفية الأخرى فتشمل المصروفات القضائية التي أنفقت في تعيين المصنف وقيد الأمر الصادر بتعيينه ومصروفات شهر حق الإرث ، وما ينفق من مصروفات في اتخاذ الاحتياطات المستعجلة من وضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة ، وفي القيام بالوسائل التحفظية وما يلزم من أعمال الإدارة ، ومصروفات دعوة دائي التركة ومدينها إلى التقدم بمألم من حقوق وما عليهم من ديون وإعلانات

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣١٢ من المشروع التمهدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٥١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١٧ - ص ٢١٩) .

ولامقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٤١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٨٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

الخاصة بذلك ، ومصرفات الجرد وتقدير أموال التركة بنحير أو بمن يكون له في ذلك دراية خاصة ، ومصرفات التقاضي الخاصة بالمنازعات في صحة الجرد ، ومصرفات وفاء ديون التركة وبيع منقولاتها وعقاراتها في المزاد العلني عند الاقتضاء ، ومصرفات استيفاء حقوق التركة ، ومصرفات تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف ، ومصرفات تسليم أموال التركة بعد سداد الديون إلى الورثة ، وغير ذلك من المصرفات . ونفقات التصفية هذه جميعا تتحملها التركة ، وتكون حقا ممتازا ، وله مرتبة امتياز المصرفات القضائية ، أي المرتبة الأولى بين حقوق الامتياز العامة . وهذا أمر ظاهر ، فان نفقات التصفية بعضها أقرب إلى أن يكون مصرفات قضائية ، وبعضها هو مصرفات قضائية بالفعل .

أما مصرفات قسمة أموال التركة ، بعد سداد ديونها ، بين الورثة إذا طلب أحدهم ذلك ، فهذه لا تدخل في نفقات التصفية ، لأن التصفية تتم بتسوية ديون التركة وصيرورة التركة خالية من الديون : فتصبح أموال التركة عندئذ ملكا شائعا بين الورثة ، وتسرى على مصرفات قسمتها بينهم الأحكام التي تسرى على مصرفات القسمة بوجه عام :

٥٠ - اتخاذ الامتيازات المستعجلة للمحافظة على التركة نص قانوني :

تنص المادة ٨٨١ ملني على ما يأتي :

« على المحكمة أن تتخذ عند الاقتضاء جميع ما يجب من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة ، وذلك بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو بناء على طلب النيابة العامة أو دون طلب ما . ولها بوجه خاص أن تأمر بوضع الأختام ، وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات قيمة » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣١٣ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٥٢ في المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١٩ - ص ٢٢١) .

(١٠) .

ويخلص من هذا النص أن هناك إجراء احتياطياً مستعجلاً يجب على المحكمة أن تبادر إلى الأمر به ، وذلك عند نظرها في تعيين المصنف ، وقبل تعيينه إذا اقتضى الأمر . وذلك أن الغالب في التركات التي تصنف تصفية جماعية أن تشتمل على أشياء ثمينة ، كأثاث فاخر وحلى وجواهر ونقود وأوراق مالية من أسهم وسندات ونحو ذلك من الأشياء ذات القيمة . فهذه تقتضى الحيلة التحفظ عليها ، حتى لا يتخطفها من يكون على مقربة منها ويستطيع الاستيلاء عليها خفية ، إضراراً بالورثة والدائنين . ومن أجل ذلك تصدر المحكمة ، بناء على طلب أحد من ذوى الشأن كوارث أو دائن أو موصى له ، أو بناء على طلب النيابة العامة ، أو دون طلب من أحد من تلقاء نفس المحكمة ، أمراً بوضع الأختام على الغرف والقاعات التي تحتوى على الأثاث الفاخر ، وعلى الخزائن والدواليب التي تحتوى على الحلى والجواهر والنقود والأوراق المالية والملابس وما إلى ذلك . وتأمّر المحكمة أيضاً بإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء الأخرى ذات القيمة كالحلى والجواهر في أحد المصارف ، وذلك للمحافظة عليها لحساب التركة إلى أن تم تصفيتها (١) .

= ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٤٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٨٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن ما يجب اتخاذه من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة إنما يصدر به الأمر من المحكمة المقدم لها طلب التصفية ، وليس من قاضي الأمور الوقفية . وليس أقطع في الدلالة على أن المشرع قد جعل سلطة اتخاذ الاحتياطات المستعجلة منوطة بالمحكمة لابقاض الأمور الوقفية من أنه ناط بالمحكمة اتخاذ تلك الإجراءات . ليس فقط بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة ، بل إنه أيضاً خول لها اتخاذ تلك الاحتياطات من تلقاء نفسها دون طلب ما ، وهو أمر لا يتصور حصوله من قاضي الأمور الوقفية (نقض مدني ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٢١ ص ٨٠٥) .

وتنص المادة ٩٤٩ مرافعات ، فيما يتعلق بتركات الأجانب ، على أن «القاضي الأمور الوقفية أن يصدر أمراً على عريضة باتخاذ جميع ما يراه لازماً من الإجراءات التحفظية أو الوقفية»

وتكون هذه الأشياء كلها تحت تصرف المصنف عند تعيينه ، بمجرد ما
ويقدر قيمتها ويلدجها في القائمة ، شأنها في ذلك شأن سائر أموال التركة .

٥١ - تجهيز الميت وصرف نفقة مؤفقتة له طارئة الميت يعولهم من

ورثته نص قانوني : تنص المادة ٨٨٢ مدني على ما يأتي :

- « ١ - على المصنف أن يقوم في الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مآتمه بما يناسب حالته . وعليه أيضا أن يستصدر أمرا من قاضي الأمور الوقفية بصرف نفقة كافية بالقدر المقبول من هذا المال إلى من كان المورث يعولهم من ورثته حتى تنتهي التصفية ، على أن تخصص النفقة التي يستولى عليها كل وارث من نصيبه في الإرث . »
- « ٢ - وكل منازعة تتعلق بهذه النفقة يفصل فيها قاضي الأمور الوقفية » (١) .

=للمحافظة على التركة ، وبوجه خاص الأمر بوضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة أحد المصارف أو لدى أمين. والمحكمة أثناء نظر الدعوى أن تعدل هذا الأمر أو تلغيه ، وأن تأمر بما تراه لازما من الإجراءات التحفظية الأخرى ، وذلك بناء على طلب ذوي الشأن أو النيابة العامة أو من تلقاء نفس المحكمة .

وانظر فيما يتعلق بتركات الأجانب أيضا ، في وضع الأختام ورفعها وفي الجرد المواد ٩٥٤ - ٩٦٨ مرافعات .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣١٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يقضى بالصرف من مال التركة « على تجهيز الميت » ولم يكن يذكر « نفقات مآتمه » ، وكان يجعل الاختصاص في النفقة لقاضي الأمور المستعجلة . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٥٣ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب جعل الصرف من مال التركة « لتسديد نفقات تجهيز الميت » ، ووافق مجلس النواب على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٥١ . وفي لجنة مجلس الشيوخ قيل إن « المفهوم أن أصحاب الوصية الواجبة حكمهم حكم الوارثة في تطبيق هذه المواد » ، وأضافت اللجنة عبارة « ونفقات مآتمه » بعد عبارة « لتسديد نفقات تجهيز الميت » لأن تجهيز الميت لا يشمل هذه النفقات ، واستبدلت عبارة « قاضي الأمور الوقفية » بعبارة « قاضي الأمور المستعجلة » ، وذلك « لأن المنازعات التي يعرض لها النص من قبيل ما يصلح أن يفصل فيه قاضي الأمور الوقفية ، والالتجاء إليه أيسر وأقل من نفقة الالتجاء إلى القضاء المستعجل حيث لا يقتضى الأمر رفع دعوى بل يكفي بطلب مقدم للقاضي ويؤثر عليه » . =

ويخلص من هذا النص أن المصنف ، وهو يواجه بمجرد تعيينه نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه ، يجب عليه أن يقوم بتسديد هذه النفقات من أموال التركة ، لأن هذه النفقات مقدمة على جميع ديون التركة . وقد كان المشروع التمهيدى يقضى بالصرف من مال التركة « على تجهيز الميت » ، فعدل النص فى لجنة الشؤن التشريعية إلى الصرف من مال التركة « لتسديد نفقات تجهيز الميت » (١) . وهذا التعديل تعديل صائب ، إذ يغلب أن يحىء تعيين المصنف بعد دفن الميت ، ويكون ذووه هم الذين قاموا بنفقات تجهيزه ، فيرجعون بها على المصنف يسددها من أموال التركة . ولم يكن المشروع التمهيدى يذكر نفقات المأتم إلى جانب نفقات تجهيز الميت ، فأضافت لجنة مجلس الشيوخ نفقات المأتم « لأن تجهيز الميت لا يشمل هذه النفقات » (٢) . فيجب إذن على المصنف أن يسدد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه ، بما يناسب حالته ، لمن قام بهذه النفقات من ذوى الميت .

ويأتى بعد تسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه ، النفقة على من كان الميت يعوله من ورثته ، ويدخل فى ذلك أصحاب الوصية الواجبة إذ يعتبرون من الورثة . وهذا أمر على جانب كبير من الاستعجال ، إذ كثيراً ما يكون الميت يعول زوجته وأولاده وبعض أقاربه كأبيه وإخوته . وهؤلاء تنقطع عنهم موارد الرزق بموت عائلهم ، إذا صفت تركته تصفية جماعية فرفعت يد الورثة عن أموال التركة حتى تتم التصفية .

ووافقت اللجنة على النص بهذه التعديلات تحت رقم ٨٨٢ ، ثم وافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢١ - ص ٢٢٤) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٤٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٨٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

(١) أنظر آنفاً ص ١٤٩ هامش ١ .

(٢) أنظر آنفاً ص ١٤٩ هامش ١ .

فيكونون في أشد الحاجة إلى إسعاف عاجل ، إذا لم يكن لهم مورد من العيش بعد موت العائل . لذلك أوجب القانون على المصنف أن يبادر إلى استصدار أمر من قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية المختصة بنظر التصفية ، يقدر فيه القاضي مبلغا معقولا يكتفي للنفقة عليهم موقتا ، ويأخذونه من أموال التركة حتى تم تصفيتها ويتمكنوا من تسلم ما يخصهم منها . ويشترط فيمن تصرف له هذه النفقة الموقته أن يكون وارثا ، وأن يكون ممن يعولهم المورث حال حياته . فلا تصرف لمن كان الميت يعولهم من غير ورثته إذ ليس لهؤلاء نصيب في تركته (١) . ولا لوارث لا يكون الميت يعوله حال حياته . وقد كان المشروع التمهيدى يجعل الاختصاص في نظر هذه النفقة لقاضي الأمور المستعجلة ، فعدلت لجنة مجلس الشيوخ النص وجعلت الاختصاص لقاضي الأمور الوقتية ، لأن الالتجاء إلى قاضي الأمور الوقتية أسرع وأيسر « حيث لا يقتضى الأمر رفع دعوى ، بل يكتفى بطلب يقدم للقاضي ويؤشر عليه » (٢) . وإذا قدر قاضي الأمور الوقتية النفقة التي تعطى لمن كان الميت يعولهم من ورثته ، فنازع فيها الورثة الآخرون أو الدائنون أو الموصى لهم ، بأن ادعوا أن من قررت لهم النفقة ليسوا من الورثة ، أو هم من الورثة ولكن الميت كان لا يعولهم حال حياته ، أو أن المبلغ الذي قدر لهم مبالغ فيه لا يتناسب مع أنصبتهم

(١) أما أصحاب الوصية الواجبة ، إذا كان الميت يعولهم حال حياته ، فيعتبرون في حكم الورثة إذ لهم نصيب في تركة الميت ، فتجب لهم النفقة (أنظر ما قبل في لجنة مجلس الشيوخ في هذه المسألة آنفاً ص ١٤٩ هامش ١ - وانظر في أصحاب الوصية الواجبة مايلي فقرة ٧٩) .

(٢) أنظر آنفاً ص ١٤٩ هامش ١ - وفيما يتعلق بتركات الأجانب « يصدر قاضي الأمور الوقتية أمراً على عريضة : أولا - بتقدير نفقة وقتية لمن كان المورث يعولهم حتى تنتهى التصفية ، وذلك بناء على طلب ذوى الشأن وبعد أخذ رأى المصنف كتابة . ثانياً . . . » (م ٩٥٠ مرافعات) . ويجوز لقاضي الأمور الوقتية « عند الاقتضاء أن يحيل الطلب إلى المحكمة ويأمر بإعلان ذوى الشأن جلسة يجدها في ميعاد ثمانية أيام على الأقل ، وتفصل المحكمة في الطلب منعقدة بهيئة مشورة » .

في الإرث ، نظر قاضي الأمور الوقفية هذه المنازعات وبت فيها نهائيا .
ومتى قدرت النفقة على هذا النحو ، فإنها تخصم مما يستولي عليه كل وارث
قدرت له النفقة من نصيبه في الإرث .

٥٢- إدارة الشركة ومسئولية المصنف عن الإدارة - نص قانوني :

تنص المادة ٨٨٥ مدني على ما يأتي :

« ١ - على المصنف في أثناء التصفية أن يتخذ ما تتطلبه أموال الشركة من
الوسائل التحفظية ، وأن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة . وعليه أيضا أن
ينوب عن الشركة في الدعاوى ، وأن يستوفي مالها من ديون قد حلت » .

« ٢ - ويكون المصنف ، ولو لم يكن مأجورا ، مسئولاً مسئولية الوكيل
المأجور ، وللقاضي أن يطالبه بتقديم حساب عن إدارته في مواعيد دورية » (١)
ويعرض النص هنا لما يلي الإجراءات الأولية التي سبق بيانها ، من أعمال
إدارة الشركة . ذلك أن المصنف ، في أثناء تصفيته للشركة بل وقبل أن
يبدأ التصفية ، يجد تحت يده أموال الشركة ، وهذه في حاجة إلى الإدارة
إلى أن تتم التصفية وتسلم الأموال للورثة . فيتعين عليه أن يقوم بهذه
الإدارة .

وأول ما يعرض له من ذلك هو ما يجب اتخاذه من الوسائل التحفظية .
فاذا كان للشركة دين في ذمة الغير مثلا وكان مضمونا برهن رسمي ولم يكن
الرهن قد قيد ، وجب على المصنف أن يقيد الرهن ، وإذا كان الرهن

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣١٧ من المشروع التمهيدي على وجه
مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٥٦ في
المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم
٨٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٩ - ص ٢٣١) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٤٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٨٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

قد قيد وحن ميعاد تجديده وجب عليه أن يجدد القيد . وإذا كان للتركة مال تحت يد الغير وقد وضع الغير يده على المال كمالك وقد سرت مدة التقادم المكسب ، وجب على المصنف أن يقطع التقادم أولا ، ثم يطالب باستحقاق المال . وإذا كان للتركة دين في ذمة الغير وليس للمدين مال ظاهر ولكن له دين في ذمة شخص ثالث ، كان على المصنف أن يوقع حجزا ما للمدين لدى الغير تحت يد مدين المدين . وإذا كان للتركة أجرة متأخرة في ذمة مستأجر ، كان على المصنف أن يوقع حجزا تحفظيا على المنقولات الموجودة في العين المؤجرة . وهكذا يكون على المصنف أن يقوم بجميع الإجراءات التحفظية الواجب اتخاذها ، للمحافظة على أموال التركة من الضياع .

ثم تأتي بعد ذلك أعمال الإدارة المألوفة ، كأن يقبض غلة أموال التركة وأن يجني محصول الأرض وأن يبيع المحصول وأن يؤجر أعيان التركة لمدد قصيرة وأن يجدد الإيجار إذا اقتضى الأمر ذلك ، فهذه كلها تدخل في أعمال الإدارة المألوفة ، ويجب على المصنف أن يقوم بها قبل تصفيته للتركة وفي أثناء تصفيته لها . ومن أعمال الإدارة المألوفة أن يقوم المصنف بقبض الديون المستحقة للتركة والتي تكون قد حلت ، وأن ينوب عن التركة في الدعاوى التي ترفع منها أو عليها .

ولما كان المصنف في حكم الوكيل عن التركة (أو عن الورثة الذين يملكون التركة) ، فإن مسئوليته عن الإجراءات التحفظية وأعمال الإدارة المألوفة التي سبق ذكرها هي مسئولية الوكيل . فللمحكمة الابتدائية المختصة أن تطالبه بتقديم حساب عن إدارته في مواعيد دورية تحددها له ، وعليه أن يوافي المحكمة بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ مهمته (م ٧٠٥ مدني) . وليس له أن يستعمل مال التركة لصالح نفسه ، وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضا فوائد ما يتبقى في ذمته من أموال التركة من وقت أن يعذر (م ٧٠٦ مدني) . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٨٥ مدني كما رأينا : « ويكون المصنف ، ولو لم يكن مأجورا ، مسئولاً مسئولية الوكيل المأجور » .

ومسئولية الوكيل منصوص عليها في المادة ٧٠٤ مدني إذ تقول : « ١ - إذا كانت الوكالة بلا أجر ، وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة ، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد . ٢ - فإن كانت بأجر ، وجب على الوكيل أن يبذل دائما في تنفيذها عناية الرجل المعتاد » . وعلى ذلك يكون المصنف ، سواء كان مأجورا أو غير مأجور بأن كان لم يطلب من المحكمة تقدير أجر له ، ملتزما في القيام بتصفية التركة وفي إنجاز مهمته ببذل عناية الرجل المعتاد ، ولو زادت هذه العناية على العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة .

٥٣ - تكليف دائني التركة ومربيها بتقديم بيان أعمالهم من

حقوق وما عليهم من ديون - نص قانوني : تنص المادة ٨٨٦ مدني على ما يأتي :

« ١ - على المصنف أن يوجه تكليفا علنيا لدائني التركة ومدينها يدعوهم فيه لأن يقدموا بيانا بمآلهم من حقوق وما عليهم من ديون وذلك خلال ثلاثة أشهر من التاريخ الذي ينشر فيه التكليف آخر مرة » :
« ٢ - ويجب أن يلصق التكليف على الباب الرئيسي لمقر العمدة في المدينة أو القرية التي توجد بها أعيان التركة ، أو على الباب الرئيسي لمركز البوليس في المدن التي تقع في دائرتها هذه الأعيان ، وفي لوحة المحكمة الجزئية التي يقع في دائرتها آخر موطن للمورث ، وفي صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣١٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد فيما يتعلق بالفقرة الأولى . أما الفقرة الثانية فكانت في المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : « ويجب أن يلصق التكليف على باب آخر محل كان موطناً للمورث أو على باب آخر محل كان مقراً لأعماله ، وعلى الباب الرئيسي لمقر العمدة في المدينة أو القرية التي توجد بها أعيان التركة ، وعلى الباب الرئيسي لديوان كل من المركز والمديرية أو لديوان المحافظة التي تقع في دائرتها هذه الأعيان ، وعلى اللوحات المعدة لنشر الإعلانات داخل كل من المحكمة التي يقع بدائرتها آخر موطن للمورث أو آخر مقر لأعماله والمحكمة التي تقع بدائرتها أعيان التركة . ويجب أيضاً أن ينشر التكليف في الجريدة الرسمية ، وفي ثلاث من الصحف اليومية الكبرى » . ووافقت لجنة المراجعة

وهنا يمهّد المصنّف لجرد التركة ، باتخاذ إجراء يستطيع أن يكشف به عن دائني التركة ومدينها . وسنرى أن عنده وسائل أخرى للكشف عن ذلك بما هو ثابت في السجلات العامة من حقوق للتركة وديون عليها ، وبما تكشف عنه أوراق المورث ومستنداته ، وبما يصل إلى علمه من أي طريق كان . ولكن هذا كله لا يكفي ، فقد لا يعلم دائنو التركة ومدينوها بموت صاحبها ويكونون من الدائنين أو المدينين العاديين فلا تكشف عنهم السجلات العامة ، كما أنه ليس من الضروري أن تكشف عنهم أوراق المورث ومستنداته . ومن أجل هذا وجب أن يوجه إليهم تكليف على ، بأن يقدموا بيانا بما لهم من حقوق على التركة وما عليهم من ديون للتركة ، في ميعاد معين .

وقد قضى القانون ، كما رأينا ، بأن على المصنّف أن يوجه تكليفا علنيا لدائني التركة ومدينها ، بدعّوهم فيه أن يقدموا بيانا عما لهم من حقوق وما عليهم من ديون ، وذلك في خلال ثلاثة أشهر من آخر مرة ينشر فيها التكليف . ولما كان التكليف ينشر أكثر من مرة كما سنرى ، فيجب أن يحدد المصنّف ميعادا لتقديم البيان المشار إليه يكون أطول من ثلاثة شهور في المرات الأولى من النشر ، بحيث لا يقل هذا الميعاد عن ثلاثة شهور من التاريخ الذي ينشر فيه التكليف آخر مرة .

= على النص تحت رقم ٩٥٧ في المشروع النهائي ، بعد بعض تعديلات لفظية . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب ، عدلت الفقرة الثانية بما يقصر التكليف على النشر في صحيفتين من الصحف اليومية الكبرى ، ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته بلحته تحت رقم ٩٥٥ . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الثانية فأصبحت مطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد وصار رقم النص ٨٨٦ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣١ - ص ٢٣٤) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٤٧ (موافق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٩٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية البناني لا مقابل .

وحتى تتوفر للتكليف العلانية الواجبة ، قضى القانون بأن ينشر بطرق ثلاثة (١) : (١) النشر المحلى : بالنسبة إلى أعيان التركة الموجودة فى القرى ومدن الأقاليم يلصق التكليف على الباب الرئيسى لمقر العمدة فى القرية أو المدينة ، وبالنسبة إلى أعيان التركة الموجودة فى المدن الكبرى يلصق التكليف على الباب الرئيسى لمركز البوليس الذى تتبعه الأعيان : (٢) النشر فى لوحة الإعلانات بالمحكمة : يلصق التكليف فى لوحة المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث ، ويلاحظ أن المحكمة المختصة بنظر القضية هى المحكمة الابتدائية لا المحكمة الجزئية كما سبق القول . (٣) النشر فى الصحف اليومية : ينشر التكليف فى صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار . ولا يوجد ترتيب معين لهذه الطرق الثلاثة ، فقد ينشر التكليف فى الصحيفة اليومية قبل لصقه فى لوحة المحكمة وعلى الباب الرئيسى لمقر العمدة أو لمركز البوليس ، وقد ينعكس هذا الترتيب . والمهم أن تكون المهلة المعطاة فى التكليف لا تقل عن ثلاثة أشهر من تاريخ آخر مرة ينشر فيها التكليف كما قدمنا .

٥٤ - جرد حقوق التركة ودبرونها - نصوص قانونية : تنص

المادة ٨٨٧ مدنى على ما يأتى :

« ١ - على المصنف أن يودع قلم كتاب المحكمة ، خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه ، قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال . وعليه أيضا أن يخطر ، بكتاب موصى عليه فى الميعاد المتقدم ، كل ذى شأن بحصول هذا الإيداع . »

« ٢ - ويجوز أن يطلب إلى القاضى مد هذا الميعاد ، إذا وجدت ظروف تبرر ذلك . »

وتنص المادة ٨٨٨ مدنى على ما يأتى :

(١) يراجع ما طرأ على هذه الطرق من تعديلات فى أثناء المراحل التشريعية لنص المادة ٨٨٦ مدنى ، ابتداء بالمشروع التمهيدى ، فـلجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب ، فـلجنة مجلس الشيوخ : آنفاً ص ١٥٤ هامش ١ .

« ١ - للمصنف أن يستعين في الجرد وفي تقدير قيمة أموال التركة بنخبير أو بمن يكون له في ذلك دراية خاصة » .

« ٢ - ويجب على المصنف أن يثبت ما تكشف عنه أوراق المورث وما هو ثابت في السجلات العامة من حقوق وديون وما يصل إلى علمه عنها من أى طريق كان ، وعلى الورثة أن يبلغوا المصنف عما يعلمونه من ديون على التركة وحقوق لها » .

وتنص المادة ٨٨٩ ملغى على ما يأتي :

« يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشا على شيء من مالي التركة ، ولو كان وارثاً » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٨٧ : ورد هذا النص في المادة ١٣١٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« ١ - على المصنف أن يقدم للقاضى ، في ظرف أربعة أشهر من يوم تعيينه ، قائمة تبيين مالتركة وما عليها ، وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال . ويجب أيضاً أن تعلن هذه القائمة في الميعاد المتقدم إلى كل ذى شأن . ٢ - ويجوز أن يطلب إلى القاضى مد هذا الميعاد ، إذا وجدت ظروف تبرر ذلك » . وفى لجنة المراجعة عدل النص بما يلزم المصنف بإيداع القائمة قلم كتاب المحكمة بدلا من تقديمها للقاضى وبإخطار كل ذى شأن بحصول الإيداع بموجب خطاب مسجل ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ٩٥٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٩ ص ٢٣٥ - ص ٢٣٦) .

م ٨٨٨ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن الجزء الأخير من الفقرة الثانية فى المشروع التمهيدى كان يجرى على الوجه الآتى : « وعلى من تكون لديه معلومات عن حالة المورث المالية أن يتقدم بها للمصنف على أن يكون مسئولاً عنها ، ويجب على الورثة بوجه خاص أن يبلغوا المصنف عما يعلمونه من ديون على التركة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٥٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٧ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « وعلى من تكون لديه معلومات عن حالة المورث المالية أن يتقدم بها إلى المصنف على أن يكون مسئولاً عنها » ، واستعوض عنها بعبارة « وما يصل إلى علمه عنها من أى طريق كان » ، وذلك « لأن التكليف بإبلاغ المصنف بمعلومات عن حالة المورث لم يتقرر له جزاء ، ولهذا آثرت اللجنة أن تجعل العبارة عامة تنصرف إلى كل ما يصل إلى علم المصنف سواء عن طريق سعى =

وتعرض هذه النصوص لجرد المصنف للتركة وحصر مالها من حقوق وما عليها من ديون وإيداع قائمة بهذا الجرد قام كتاب المحكمة ، وهذا هو جانب من جوانب المهمة الرئيسية للمصنف .

فعليه أولاً أن يجرد التركة . وحتى يحصى ما للتركة من حقوق وما عليها من ديون يستطيع أن يلجأ إلى الوسائل الآتية : (١) يرجع إلى أوراق المورث ودفاتره ومذكراته ومستنداته ، ويستخلص ما يجد فيها من ذكر لحقوق المورث أو ديونه معتمداً على ما عسى أن يؤيد ذلك من مستندات يجدها عند المورث . (٢) ويرجع إلى السجلات العامة ، وبخاصة إلى مكاتب الشهر وتكاليف الأطيان ، ليكشف عن التسجيلات والقيود التي تثقل عقارات التركة فيعرف ما على التركة من ديون مكفولة بتأمينات عينية ، وليكشف من تكاليف الأطيان عما في تكليف المورث من أراض زراعية . (٣) ويرجع إلى الورثة والموصي لهم ليستعلم منهم عما يعرفون من حقوق للتركة أو ديون عليها ، ويستوثق مما يقولون في ذلك بالمستندات والأوراق الأخرى إذا أمكن . (٤) وقد رأينا أن من الأعمال التي يبادر المصنف إلى القيام بها

= ذوى الشأن للإدلاء إليه بمعلومات أو عن طريق سعيه هو في تحصيلها . وأضافت اللجنة إلى الشق الأخير من الفقرة الثانية عبارة « أو حقوق لها » لأن التصفية تستلزم الوقوف على الديون والحقوق دون تفرقة . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٨ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣٧ - ص ٢٣٩) .

م ٨٨٩ : ورد هذا النص في المادة ١٣٢١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣٩ - ص ٢٤٠) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٤٨ - ٨٥٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٨٩١ - ٨٩٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

أن يشهر حق الإرث في مكاتب الشهر العقاري التي تقع في دائرتها عقارات
التركة ، ويؤدى ذلك إلى أن كثيراً من دائنى التركة العاديين
يؤشرون بحقوقهم على هامش تسجيل حق الإرث ، فيعرف من هذه
النأشيرات كثيراً من الديون العادية التي على التركة . (٥) ورأينا أيضاً
أن المصنف يعلن تكليفاً لدائنى التركة ومدينىها يدعواهم فيه إلى تقديم بيان
بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون ، وبذلك يستطيع الوقوف على
كثير مما للتركة وما عليها . (٦) وللمصنف أخيراً أن يلجأ إلى أية وسيلة
أخرى يجدها في استطاعته للكشف عما للتركة وما عليها ، كأن يستعلم
عن ذلك من المصارف والشركات ومن دائنى التركة ومدينىها الظاهرين
ومن شركاء المورث في الأعمال التي كان يقوم بها ومن مستخدمييه الخاصين
الذين كانوا على اتصال بأعماله ومن غير أولئك وهؤلاء ممن يستطيعون أن
يقدموا له معلومات في هذا الشأن ، سواء تقدم إليهم في ذلك أو تقدموا هم
من تلقاء أنفسهم بهذه المعلومات .

فإذا ما حصر المصنف ما للتركة من نقود وأوراق مالية ومفروشات
وأثاث وحلى ومجوهرات وحقوق معنوية (كحق المؤلف وحق المخترع)
ومنقولات أخرى وما تشتمل عليه من أرض ومبان ، وجب عليه أن يقرر
قيمة هذه الأموال ، وله أن يستعين في هذا التقدير بخبير أو بمن يكون له
دراية خاصة في تقديم بعض هذه الأموال كالحلى والمجوهرات والحقوق
المعنوية .

ويلاحظ أن القانون حرم الاستيلاء على شيء من أموال التركة ،
فمن كان تحت يده شيء من هذه الأموال ، حتى لو كان دائناً أو موصى له
أو وارثاً ، يجب عليه أن يسلمه للمصنف . وقد نصت المادة ٨٨٩ مدنى
كما رأينا على أن « يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشاً على شيء من
مال التركة ولو كان وارثاً » . فإذا أخفى الذين كانوا يقيمون مع الميت
شيئاً من ماله غشاً بنية الاستيلاء عليه وتملكه ، اعتبروا في حكم المبددين
وعوقبوا بعقوبة التبديد ، حتى لو كان من فعل ذلك زوجة الميت أو اولاده
إذا أخفوا مثلاً شيئاً من نقود الميت أو أوراقه المالية أو ما يملك من حلى

ومجوهرات . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد :
 « وقد نصت المادة . . . من المشروع على عقوبة جنائية هى عقوبة التبديد ،
 توقع على كل من استولى غشاً على مال الشركة حتى لو كان وارثاً . فمن
 كان فى يده مال للشركة ولم يبلغ عنه بنية تملكه ، وقعت عليه عقوبة التبديد
 حتى لو كان وارثاً ، وليس للوارث أن يحتج بأنه يملك بالميراث ما استولى
 عليه . وهذا لا يخل بتوقيع عقوبات أخرى أشد من عقوبة التبديد ، كعقوبة
 السرقة ، إذا كان هناك محل لذلك . أما مجرد الإهمال فى التبليغ عن أموال
 الشركة أو تعدد عدم التبليغ ، مادام غير مصحوب بالاستيلاء على مال
 الشركة ، فلا يدخل فى حكم المادة . . . » (١) .

ويعد المصنف ، بعد جرد الشركة على النحو الذى بسطناه ، قائمة
 تبين ما للشركة من حقوق وما عليها من ديون ، وتشتمل على تقدير قيمة
 هذه الأموال . وهذه القائمة تبين حالة الشركة مبدئياً ، هل هى موسرة
 أو معسرة ، وما مقدار حقوقها وديونها ، ولاتبين حالة الشركة نهائياً
 إلا بعد تصفية المنازعات فى القائمة على ما سيجىء .

وقد أوجب القانون على المصنف أن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة
 الابتدائية المختصة بنظر التصفية ، وضرب له ميعاداً لذلك أربعة أشهر من
 يوم تعيينه . ويغلب أن يضيق هذا الميعاد بما يستغرقه إعداد القائمة من وقت ،
 ويكفى أن نذكر بياناً لذلك أن شهر حق الإرث فى مكاتب الشهر
 المختلفة يستغرق وقتاً غير قليل ، ويكون بعد ذلك لدائى الشركة العاديين
 أن يؤشرا بحقوقهم فى خلال سنة كاملة من وقت تسجيل حق الإرث ، فلا
 يستطيع المصنف أن يحصى دائى الشركة العاديين ولوعلى وجه تقريبي إلا بعد
 انقضاء سنة من شهر حق الإرث ، أى بعد انقضاء أكثر من سنة من وقت
 تعيينه . وإذا هو لم يعتمد على شهر حق الإرث وتأشير الدائنين بحقوقهم ،
 واكتفى بالتكليف الذى يدعو فيه دائى الشركة ومدينها أن يتقدموا ببيان
 ما لهم من حقوق وما عليهم من ديون ، فإن القانون أعطى مهلة للتقدم بهذا

البيان ثلاثة أشهر من وقت نشر هذا التكليف آخر مرة . فلا يكون أمام المصنف لإعداد القائمة متضمنة تقديراً لقيمة أموال التركة ، وإيداعها قلم كتاب المحكمة ، وإخطار كل ذي شأن بحصول هذا الإيداع - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - « إلا شهر واحد من وقت ورود آخر بيان ، بفرض أنه تمكن من توجيه التكليف المشار إليه لدائى التركة ومدينىها ، وتمكن كذلك من نشره ، فى أول يوم عين فيه » (١) لذلك قضت الفقرة الثانية من المادة ٨٨٧ مدنى ، كما رأينا ، بأنه يجوز للمصنف أن يطلب إلى المحكمة مد ميعاد الأربعة الأشهر إلى مدة كافية لإعداد القائمة وإيداعها وإخطار بها على الوجه السالف الذكر . وذلك إذا وجدت ظروف تبرر ذلك . وكثيراً ما توجد هذه الظروف (٢) .

ومتى أعد المصنف قائمة الجرد ، وجب عليه إيداعها قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة بنظر التصفية . ووجب عليه كذلك إخطار كل ذي شأن ، من وارث وموصى له ودائن للتركة ومدين لها ، بكتاب موصى عليه . بحصول هذا الإيداع ، حتى يطلع هؤلاء إذا شاءوا على القائمة فى قلم كتاب المحكمة . والتقدم بما عسى أن يكون لهم من اعتراضات عليها إلى المحكمة لتفحص منازعاتهم وتتصرف فيها على الوجه الذى سنبينه فيما يلى . ويجب أن يكون إيداع القائمة وإخطار ذوى الشأن ، كما قدمنا ، فى ميعاد الأربعة الأشهر أو فى الميعاد الذى حددته المحكمة أزيد من ذلك كما يقع غالباً .

٥٥ - الفصل فى المنازعات المتعلقة بالجرد - نص قانونى :

تنص المادة ٨٩٠ مدنى على ما يأتى :

« ١ - كل منازعة فى صحة الجرد . وبخاصة ما كان متعلقاً بإغفال أعيان أو حقوق للتركة أو عليها أو بإثباتها ، ترفع بعريضة للمحكمة ، بناء على طلب كل ذي شأن ، خلال الثلاثين يوماً التالية للإخطار بإيداع قائمة الجرد » .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤٢ - ص ٢٤٣ .

(٢) وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، يصدر قاضى الأمور الوقتية أمراً على عريضة « بمد الأجل المحدد قانوناً لتقديم بيان بما للتركة وما عليها من الحقوق إذا وجدت ظروف تبرر ذلك ، والتصريح بأداء الديون التى لا نزاع فيها » (م ٩٥٠ ثالثاً مرافعات) .

٢ - وتجري المحكمة تحقيقاً ، فإذا رأت الشكوى جدية أصلت أمراً بقبولها . ويصح التظلم من هذا الأمر وفقاً لأحكام قانون المرافعات .
 ٣ - وإن لم يكن النزاع قد سبق رفعه إلى القضاء . عينت المحكمة أجلاً يرفع فيه ذو الشأن دعواه أمام المحكمة المختصة ، وتقضى فيها هذه المحكمة على وجه الاستعجال (١) .

ويعرض هذا النص لإجراءات الفصل في المنازعات المتعلقة بالجرد . فإذا أودع المصنف قائمة الجرد قلم كتاب المحكمة وأخطر ذوى الشأن بإيداعها على النحو الذى يبينه فيما تقدم ، تمكن هؤلاء من الإطلاع عليها

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادتين ١٣٢٢ - ١٣٢٣ من المشروع التمهيدى . وكانت المادة ١٣٢٢ تتفق مع ما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يجعل المهلة فى رفع المنازعة فى حق الجرد خمسة عشر يوماً من يوم إعلان قائمة الجرد . وكانت المادة ١٣٢٣ تجرى على الوجه الآتى : « لا تقبل المعارضة فى الأحكام الصادرة فى تلك المنازعات ، وميعاد استئناف هذه الأحكام خمسة عشر يوماً إن كان الاستئناف جائزاً » . ووافقت لجنة المراجعة على المادتين بعد إدماجهما فى مادة واحدة تحت رقم ٩٦١ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على هذا النص تحت رقم ٩٥٩ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الأخيرة التى تتضمن حكماً خاصاً بالمعارضة والاستئناف فى المنازعات فى صحة الجرد ، « لأن مشروع قانون المرافعات تكفل به » ، وجعلت المهلة فى رفع المنازعة فى صحة الجرد ثلاثين يوماً بدلاً من خمسة عشر يوماً ، وأدخلت بعض تعديلات لفظية ، فأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٨٩٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤٠ - ص ٢٤٦) . ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٨٥١ : كل منازعة فى صحة الجرد ، وبخاصة ما كان متعلقاً بإغفال أعيان أو حقوق للتركة أو عليها أوبائباتها ، ترفع بعريضة أمام المحكمة ذات الاختصاص بحسب القواعد العامة خلال ثلاثين يوماً من إيداع قائمة الجرد . (والتقنين السورى لا ينص على التحقيق المبدئى الذى تجرى محكمة تصفية التركة للتثبت من جدية المنازعة . ويبدو أنه يجعل ذوى الشأن يرفعون منازعاتهم مباشرة إلى المحكمة المختصة بنظر هذه المنازعات ، ولكنه ينص مع ذلك على أن ترفع المنازعات بعريضة وهذا مخالف للقواعد العامة) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٩٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

في قلم كتاب المحكمة . ولأى منهم أن ينازع فيها ، فالوارث أو الموصى له قد ينازع في أن القائمة قد أغفلت أعياناً أو حقوقاً للتركة (١) ، أو أنها أثبتت ديوناً على التركة ليست صحيحة ، ودائن التركة قد ينازع في أن له مبلغاً أكبر من المبلغ الذي أدرج في القائمة ، ومدين التركة قد ينازع في أن دينه أقل مما أدرج ، وهكذا . أما دائنو التركة العاديون الذين لم يدرجوا في القائمة لعدم ظهورهم ، فهؤلاء يظلون غير معروفين فلا يمكن إخطارهم بإيداع القائمة ولا يتمكنون من المنازعة ، وقد عالج القانون أمرهم في المادة ٨٩٧ مدني كما سيجيء .

والمنازعة في قائمة الجرد ترفع بعريضة إلى المحكمة الابتدائية التي تنظر تصفية التركة ، ويرفعها صاحبها في خلال الثلاثين يوماً التالية لإخطار المصنف له بإيداع قائمة الجرد في قلم كتاب المحكمة . وتفحص المحكمة المنازعة فحصاً مبدئياً ، فإذا رأت أنها غير جدية أمرت برفضها ، وإلا أصدرت أمراً بقبولها . ويصح التظلم من الأمر الذي تصدره المحكمة ، وفقاً لأحكام قانون المرافعات . وتقضي المادة ٣٧٥ مرافعات بأن الخصم الذي صدر عليه الأمر الحق في التظلم منه لنفس المحكمة التي أصدرت الأمر ، مع تكليف خصمه الحضور أمامها ، وتقضي المحكمة في التظلم على وجه السرعة (٢) بتأييد الأمر أو إلغائه .

(١) وفي إحدى القضايا كان المصنف أحد الورثة ، فظن الوارثان الآخران بأنه أغفل الكثير من أعيان التركة ولم يدرجها في القائمة ، فقبل هذا الطعن وأمرت المحكمة بتعديل القائمة على هذا الأساس . ولما طعن في هذا الحكم بالنقض ، قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية بتعديل قائمة الجرد ينفذ في حق المصنف الذي أقامته محكمة الاستئناف كما كان نافذاً في حق سلفه ، دون حاجة إلى النص على ذلك في منطوق الحكم الاستئنائي (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٦ ص ٦٧٧) .

(٢) وقد ألغى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ المعدل لتقنين المرافعات التفرقة بين الدعاوى التي تنظر على وجه السرعة وأعلى وجه الاستعجال والدعاوى التي تنظر على الوجه المعتاد ، وذلك بإلغاء جميع الآثار القانونية المترتبة على هذه التفرقة . فقد كانت الدعاوى التي تنظر على وجه السرعة لا تعرض على قاضي التحضير ، ولا تجوز المعارضة في الحكم الغيابي الصادر فيها ، وميعاد الاستئناف عشرة أيام أياً كانت المحكمة التي أصدرت الحكم . وأكثر هذه المزايأ أصبحت شاملة لجميع الدعاوى ، فلم يصبح لعبارة « على وجه السرعة » مدلول أكثر من استدعاء نظير المحكمة إلى سرعة الفصل في الدعوى .

فإذا ما صدر أمر نهائي في شأن المنازعة ، فإن كان هذا الأمر قد صدر برفضها ، لم يبق أمام صاحب المنازعة إلا الطريق العادي للتقاضي . وإذا صدر الأمر النهائي بقبول المنازعة لأنها جديّة ، ولم تكن المنازعة قد سبق رفعها إلى القضاء ، عينت المحكمة التي أصدرت الأمر أجلاً يرفع فيه صاحب المنازعة دعواه أمام المحكمة المختصة^(١) . وقد تكون المحكمة المختصة هي نفس المحكمة التي أصدرت الأمر ، وفي هذه الحالة ترفع الدعوى أمامها بالأوضاع العادية للتقاضي . وفي جميع الأحوال تقضي المحكمة المختصة في المنازعة على وجه الاستعجال . ولا تجوز المعارضة في الحكم الذي تصدره تطبيقاً للمادة ٣٨٥ مرافعات المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، وتقضي بعدم جواز المعارضة إلا في الحالات التي ينص عليها القانون . ولما كانت المادة ١١٨ مرافعات (المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) تقضي بأن تسرى على الدعاوى التي يوجب قانون المرافعات أو غيره من القوانين الفصل فيها على وجه السرعة القواعد العامة في رفع الدعاوى ونظرها وإجراءات الطعن في الحكم الصادر فيها ومواعيده ، لذلك تسرى في ميعاد الاستئناف المادة ٢/٤٠٢ مرافعات (المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) وهي تقضي بأن يكون هذا الميعاد ستين يوماً من يوم صدور الحكم . وذلك إذا كان الاستئناف جائزاً .

§ ٣ — المرحلة الثانية — تسوية ديون الشركة

٥٦ — المسائل التي تشتملها هذه المرحلة : تتضمن هذه المرحلة المسائل الآتية : (١) متى توفي ديون الشركة ومن أين توفي (م ٨٩١ —

(١) وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، تنص المادة ٩٥٢ مرافعات على أن « ترفع المنازعة في صحة إيراد الذي أجراه المصنف لأموال الشركة من أحد ذوى الشأن إلى قاضي الأمور المستعجلة في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإخطار بإيداع القائمة ، ويأمر القاضي بتعديل القائمة مؤقتاً إذا رجع صحة المنازعة . ويحدد أجلاً يرفع خلاله من يرى تكليفه من الطرفين دعواه إلى المحكمة المختصة ، فإذا انقضى هذا الأجل ولم ترفع الدعوى ، جاز للقاضي أن يأمر بعدم الاعتداد بها في التصفية . ويجوز رفع المنازعة من النيابة العامة إذا تعلق بالتركة حق لقاصر أو عديم أهلية أو غائب » .

٨٩٣م (٢) تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة (م ٨٩٤ مدني) . (٣) استبقاء أجل الديون وتوزيعها على الورثة (م ٨٩٥ - ٨٩٦ مدني) . (٤) وفاء الديون التي لم تظهر في قائمة الجرد (م ٨٩٧ مدني) . (٥) تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف (م ٨٩٨ مدني) .

٥٧ - متى توفي ديون التركة ومن أين توفي - نصوص قانونية :
تنص المادة ٨٩١ مدني على ما يأتي :

« بعد انقضاء الميعاد المعين لرفع المنازعات المتعلقة بالجرد ، يقوم المصنف بعد استئذان المحكمة بوفاء ديون التركة التي لم يتم في شأنها نزاع . أما الديون التي نوزع فيها ، فتسوى بعد الفصل في النزاع نهائياً » .

وتنص المادة ٨٩٢ مدني على ما يأتي :

« على المصنف ، في حالة إعسار التركة أو في حالة احتمال إعسارها ، أن يقف تسوية أي دين ، ولولم يتم في شأنه نزاع ، حتى يفصل نهائياً في جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة » .

وتنص المادة ٨٩٣ مدني على ما يأتي :

« ١ - يقوم المصنف بوفاء ديون التركة مما يحصله من حقوقها ، ومما تشتمل عليه من نقود ، ومن ثمن ما يكون قد باعه بسعر السوق من أوراق مالية ، ومن ثمن مائ التركة من منقول . فإن لم يكن كل ذلك كافياً ، فمن ثمن مائ التركة من عقار » .

« ٢ - وتباع منقولات التركة وعقاراتها بالمزاد العلني وفقاً للأوضاع وفي المواعيد المنصوص عليها في البيوع الجبرية ، إلا إذا اتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى أو على أن يتم ممارسة . فإذا كانت التركة معسرة ، لزممت أيضاً موافقة جميع الدائنين . وللورثة في جميع الأحوال الحق في أن يدخلوا في المزاد » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

٨٩١م : ورد هذا النص في المادة ١٣٢٤ من المشروع التمهيدى على وجه مضيق =

وتعرض هذه النصوص للوقت الذى يوفى فيه المصنف ديون الشركة ،
ولأموال الشركة التى توفى منها هذه الديون . وقد رأينا أن المصنف قد أعد
قائمة جرد الشركة وأودعها قلم كتاب المحكمة وأخطر كل ذى شأن بهذا
الإيداع ، فانفتح بهذا الإخطار باب تقديم المنازعات فى الجرد . ورأينا
أن القانون ضرب ميعاداً للتقدم بهذه المنازعات ، ثلاثين يوماً من وقت
الإخطار . فعلى المصنف أن يتربص حتى انقضاء هذا الميعاد ، وفى نهاية
الثلاثين يوماً يستطيع أن يقف على المنازعات التى تقدمت فى صحة قائمة
الجرد . فإذا كانت هناك حقوق أو أموال للشركة أغفل إدراجها فى القائمة
وعلم بها عن طريق تقدم وارث أو دائن أو أى ذى شأن آخر بمنازعة فى
شأنها ، بحث الأمر وسعى فى الحصول على ما نقص الشركة من مال ولو كان

لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض خلافات لفظية. ووافقت لجنة المراجعة
على النص تحت رقم ٩٦٢ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٠
بعد إدخال بعض تعديلات لفظية ، ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩١ (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٦ ص ٢٤٧ - ٢٤٨) .

م ٨٩٢ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٢٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما
استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٣ فى المشروع
النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦١ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٢ (مجموعة
الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤٨ - ص ٢٤٩) .

م ٨٩٣ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٢٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما
استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٤ فى المشروع
النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب استفسر فى صدد الفقرة الثانية عن المقصود
بعبارة « إلا إذا اتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى » ، فأجيب « بأن الورثة
قد يتفقون على إدخال تعديل فى الأوضاع والمواعيد المنصوص عليها فى البيوع الجبرية » ،
ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٦٢ . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٣
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٠ - ص ٢٥٢) .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية :

التقنين المدنى السورى م ٨٥٢ - ٨٥٤ (مطابق) .

التقنين المدنى اللبنى م ٨٩٥ - ٨٩٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

ذلك عن طريق التقاضى ، وقد رأينا أنه ينوب عن التركة فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها (م ٨٨٥ / ١ مدنى) . وإذا كانت هناك منازعات فى ديون التركة التى أدرجها فى القائمة ، فإنه يقف على هذه المنازعات ويعرف ديون التركة التى ليس فيها نزاع وتلك التى توزع فيها .

وسواء كانت ديون التركة خالية من النزاع أو كان متنازعا فيها ، فإنه يستطيع أن يعرف من قائمة الجرد التى أعدها حالة التركة ، وهل هى موسرة أو معسرة . وفى تقديره لإعسار التركة يكتفى أن يقوم احتمال لأن تكون معسرة ، فيفرض لذلك أن الديون المتنازع فيها ديون صحيحة حتى يكون فى الجانب المأمون .

فإذا رأى أن التركة معسرة . أو أن هناك احتمالا لأن تكون معسرة على النحو الذى قدمناه ، فعليه أن يقف وفاء أى دين ولولم يقم فى شأنه نزاع . ذلك لأنه إذا تبين نهائياً أن التركة معسرة ، فإن دائن التركة لا يستطيع الحصول على كل حقه ولا بد أن يكتفى بحصة منه ، والمصنف لا يستطيع أن يعرف مقدماً مقدار هذه الحصة . فلا بد إذن من أن ينتظر حتى يفصل نهائياً فى الديون التى رفعت فى شأنها منازعات ، وعند ذلك يستطيع أن يثبت من مقدار جميع الديون التى على التركة فى صورتها النهائية . وفى ذلك الوقت فقط يوفى ديون التركة ، فيوزع أموال التركة على دائنيها ، ولما كانت التركة معسرة فإن دائنى التركة يتحاصون أموالها ، ويأخذ كل كل منهم حصة بنسبة الدين الذى له .

أما إذا رأى المصنف أن التركة موسرة حتى مع حساب الديون المتنازع فيها ، فإنه لا يقوم حينذاك مانع من الوفاء بالديون التى لم يقم فى شأنها نزاع . وعلى المصنف أن يوفى هذه الديون من أموال التركة على النحو الذى سنبينه ، ويوفىها بعد انقضاء الثلاثين يوماً المحددة لرفع المنازعات المتعلقة بقائمة الجرد ، وبعد أن يستأذن فى الوفاء بها المحكمة الابتدائية التى تنظر شؤون التصفية . أما الديون المتنازع فيها ، فلا يوفىها إلا عند الفصل فى النزاع القائم فى شأنها نهائياً ، ولما كانت التركة موسرة فإنها تتسع لوفاء كل هذه الديون .

وهو يوفى ديون التركة ، على النحو الذى قدمناه ، من أموال التركة .
ويبدأ من هذه الأموال بما يقتضيه من حقوق لها فى ذمة مدينها وبما تشتمل
عليه التركة من نقود : فهذه كلها مبالغ حاضرة يستطيع أن يوفى منها
ديون التركة فوراً (١) .

فإذا لم تكف هذه المبالغ للوفاء بالديون ، شرع فى بيع أموال التركة
الأخرى ، الأيسر فالأيسر . فيبدأ ببيع الأوراق المالية من أسهم وسندات
إذا وجدت ويبيعها بسعر السوق فى يوم البيع فإن للأوراق المالية أسعاراً يومية
معينة فى البورصة . فإذا كان ثمن الأوراق المالية لا يزال غير كاف للوفاء
بالديون ، فإنه يبيع منقولات التركة . ثم يبيع عقاراتها ، وهذه وتلك بالقدر
الكافى لوفاء الديون .

وتباع منقولات التركة (غير الأوراق المالية) وعقاراتها بالمزاد العلنى
طبقاً للإجراءات التى رسمها تقنين المرافعات للبيع الجبرية وفى المواعيد
التي حددها هذا التقنين . ومع ذلك يجوز ، باتفاق جميع الورثة ، وباتفاق
دائى التركة (أو الموصى لهم) أيضاً إذا كانت التركة معسرة ، إدخال
تعديل فى هذه الإجراءات أو فى هذه المواعيد . فتحذف مثلاً بعض
الإجراءات أو تضاف إجراءات أخرى ، أو يتفق على تقصير بعض المواعيد
أو على إطالتها (٢) . فإذا بيع المنقول أو العقار بالمزاد العلنى ، جاز للورثة

(١) وهناك رأى يذهب إلى أن يدخل فى هذه المبالغ أيضاً ريع أموال التركة ونماؤها ،
فيوفى المصنف منها ديون التركة والوصايا والتكاليف . وهذا يتفق مع رأى الكثيرين من الحنابلة ،
فهم يجعلون التركة ملكاً للورثة بمجرد موت المورث ويجعلون الديون مع ذلك متعلقة بنماؤها
لتعلقها بأصل النماء (الوسيط ٤ فقرة ١٩٤ ص ٣٥٢ هامش ١ - وقارن آنفاً ص ٩٩ هامش ١) .
(٢) مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٥٢٤ مرافعات من أنه « يجب ، قبل بيع مصوغات أو سبائك
من الذهب أو الفضة أو من أى معدن نفيس آخر وبيع المجوهرات والأحجار الكريمة إذا زادت
القيمة المقدرة لها على مائة وخمسين جنيهاً ، أن يحصل النشر فى الصحف ثلاث مرات فى
أيام مختلفة قبل يوم البيع » . . . فيجوز الاتفاق على أن يكون النشر فى أكثر من ثلاث صحف
أو أقل ، أو أن يكون النشر فى صحف معينة بالذات . ومثل ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة
٦٥٣ مرافعات فى البيع الجبرى للعقار من أن « يعلن قلم الكتاب عن البيع قبل اليوم المحدد
لإجرائه بمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً ولا تقل عن خمسة عشر . . . » . فيجوز الاتفاق على
أن يكون الإعلان عن بيع العقار قبل اليوم المحدد لإجرائه بمدة تزيد على ثلاثين يوماً ، أو تقل
عن خمسة عشر يوماً .

بالرغم من أنهم يعتبرون مالكيين لأموال الشركة . وجاز من باب أولى لدائتي الشركة وللموصى لهم ، أن يدخلوا في المزايا . ويجوز أيضاً ، باتفاق جميع الورثة ، مع اتفاق دائتي الشركة والموصى لهم في حالة إعسار الشركة ، أن يبيع المنقول والعقار لافى المزايا العلنى بل ممارسة . سواء كان البيع لأجنبي أو لوارث أولدائن أو لموصى له (١) .

٥٨- تعميم الوفاء بالديون المؤجلة - نص قانونى : تنص المادة ٨٩٤

مدنى على ماأتى :

« للمحكمة ، بناء على طلب جميع الورثة . أن تحكم بحلول الدين المؤجل ، وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن مراعية في ذلك حكم المادة ٥٤٤ » (٢) .

= وانظر ما وقع في هذا الشأن من استفسار في لجنة الشؤون التشريعية بجلس النواب آنفاً ص ١٥١ هامش ١ .

(١) ونفرض في كل هذا أن الحق الذى لدائن الشركة يمكن تنفيذه عيناً من أموال الشركة نفسها ، كما هو الأمر لو كان حق الدائن هو مبلغ من النقود . أما إذا كان حق الدائن لا يمكن تنفيذه عيناً من أموال الشركة ، كما لو كان المورث مديناً بعمل لدائته . فإن حق الدائن في هذه الحالة لا يمكن تقاضيه مباشرة من أموال الشركة . ومن ثم يجب تحويله إلى تعويض ، فيصبح مبلغاً من النقود يمكن التنفيذ به على أموال الشركة (إسماعيل غانم ص ١٦١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٢٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يصرح في الشرط الأخير من النص بأن المبلغ الذى يستحقه الدائن يراعى فيه « تعويضه عما يفوته من ربح بسبب الوفاء المبجل ، على ألا يجاوز هذا التعويض قيمة الفائدة عن ستة أشهر ما لم يكن هناك اتفاق سابق » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٦٥ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٣ . وفي لجنة مجلس الشيوخ اكتفى بالإشارة إلى حكم المادة ٥٤٤ مدنى بدلا من ذكر مضمون هذا الحكم ، ولذلك حذف الشرط الأخير من النص ، وصار رقم النص ٨٩٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بخته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٢ - ص ٢٥٤) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السوري م ٨٥٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٩٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

ويعرض هذا النص لديون التركة المؤجلة ، فهذه لا تحل آجالها بموت المدين ، بل يبقى الدين مؤجلاً بعد موته ، ولا يجوز لدائن التركة ذى الدين المؤجل أن يطالب المصنف بالدين إلا عند حلول الأجل . وقد لا يحل الأجل إلا بعد وقت طويل ، ويكون من مصلحة الورثة تعجيل الدين المؤجل ودفعه قبل حلول الأجل . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فقد يكون من مصلحة الورثة جميعاً الحكم بحلول الديون المؤجلة ، فإذا انعقد إجماعهم على ذلك ، طلبوا من القاضى أن يحكم بحلول الدين المؤجل وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن » (١) . وتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن الذى عجل دينه يجرى بالتطبيق للمادة ٥٤٤ مدنى ، وتنص على أنه « إذا اتفق على الفوائد ، كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته فى إلغاء العقد ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد فى أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان . ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدى فائدة أو مقابلاً من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء ، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقرض فى الرد أو الحد منه » . ويخلص من هذا النص أن الدين المؤجل ، الذى اتفق فيه على فوائد ويراد التعجيل بالوفاء به ، يجب أن يكون قد انقضى من أجله ستة أشهر على الأقل ولو كان ذلك قبل موت المورث ، فيعلن المصنف الدائن بعد انقضاء هذه المدة ، بناء على طلب جميع الورثة ، بتعجيل الوفاء . وعند ذلك تقضى المحكمة المختصة بنظر شؤون التصفية بحلول الدين المؤجل ، وبوفاء الدين فى أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ إعلان الدائن بتعجيل الوفاء ، على أن تؤدى له الفوائد المستحقة عن ستة أشهر أخرى تالية لهذا الإعلان وعلى ذلك يتقاضى الدائن فوائد سنة على الأقل : ستة أشهر انقضت

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٨ - وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، يصدر قاضى الأمور الوقتية أمراً على عريضة « بحلول الديون التى يجمع الورثة على حلولها ، وتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن وفقاً للقانون ، وذلك بناء على طلب المصنف أو أحد الورثة » . (م ٩٥٠ ثالثاً مرافعات) .

قبل إعلانه بالتعجيل ، وستة أشهر أخرى تالية لإعلانه بالتعجيل (١) .
أما إذا كان الدين المؤجل لافوائد له ، فالتعجيل لا يضر الدائن في
شيء بل يفيد ، فلا يقلد له تعويض ، ولكن لا ينخص منه شيء في نظير
التعجيل (٢) .

٥٩ - استبقاء أجل المبرور وتوزيعها على الورثة - نص قانوني :

تنص المادة ٨٩٥ مدني على ما يأتي :

« ١ - إذا لم يجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل ، تولت
المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة ، بحيث يختص كل
وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون في نتيجته معادلاً لصافي
حصته في الإرث » .

« ٢ - وترتب المحكمة لكل دائن من دائني التركة تأميناً كافياً على
عقار أو منقول ، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين .
فإن استحال تحقيق ذلك ، ولو بإضافة تأمين تكميلي يقدمه الورثة من مالهم
الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى ، رتبت المحكمة التأمين على أموال
التركة جميعها » .

« ٣ - وفي جميع الأحوال ، إذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد
سبق شهره ، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقاً للأحكام المقررة في شهر
حق الاختصاص » .

وتنص المادة ٨٩٦ مدني على ما يأتي :

« يجوز لكل وارث ، بعد توزيع الديون المؤجلة ، أن يدفع القدر الذي
اختص به قبل أن يحل الأجل طبقاً للمادة ٨٩٤ » . (٣)

(١) الوسيط ٥ فقرة ٢١٧ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٨ .

(٣) تاريخ النصوص :

٨٩٥ م : ورد في هذا النص في المادة ١٣٢٨ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق
في مجموعه مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وعدل النص في لجنة المراجعة بما جملته
مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٩٦٦ في المشروع النهائي . ووافق
عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٥ (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٦ ص ٢٥٤ - ص ٢٥٧) .

وتفترض هذه النصوص أن الورثة لم يجمعوا على تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة ، وآثروا أو آثر بعضهم أن تبقى مؤجلة للاستفادة من الأجل . عند ذلك تتولى المحكمة المختصة بنظر شؤون التصفية توزيع ديون التركة المؤجلة (١) على الورثة وكذلك توزيع أموال التركة ، بحيث يكون لكل وارث حصة من الأموال وحصة من الديون إذا استترلت الثانية من الأولى كان الباقي معادلاً لصافي حصته في الإرث . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وهذه عملية حسابية دقيقة ، قد يستعين القاضي فيها بخبير . وتبقى مشكلة أخرى هي أن الديون المؤجلة بتوزيعها على الورثة قد تجزأ ضمانها ، فقد كانت كل التركة ضامنة لأى دين منها ، فأصبح الدين بعد أن اختص به وارث معين لا يضمنه إلا جزء من التركة هو الجزء الذى وقع في نصيب هذا الوارث . وهذه نتيجة يجب التسليم بها لأنها تترتب على تجزئة الدين . ولما كان المفروض أن التركة موسرة ، لأن التركة المعسرة يحل فيها الديون المؤجلة وتوزع كلها على الدائنين ، فالمفروض تبعاً لذلك أن جزء التركة الذى وقع في نصيب الوارث يني بالدين الذى اختص به . ولكى يكون الدائن مطمئناً على حقه ، يجوز للقاضي أن يرتب له حق اختصاص

= ٨٩٦ م : ورد هذا النص في المادة ١٣٢٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٧ في المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٩) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدنى السابق .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى ٨٥٦ م - ٨٥٧ (مطابق ، فيما عدا أن الفقرة الثالثة من

المادة ٨٩٥ مصرى لا نظير لها في المادة

٨٥٦ سورى) .

التقنين المدنى الليبى ٨٩٩ م - ٩٠٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(١) أما الديون الحالة فإن المصطفى يكون قد وفاها قبل توزيع أموال التركة وديونها المؤجلة على الورثة .

على عقارات التركة التي وقعت في نصيب الوارث ، وذلك بالرغم من أن الدين مؤجل ولم يصدر به حكم . بل تجوز مطالبة الوارث بإضافة ضمان تكميلي من ماله الخاص أو مطالبته بأية تسوية أخرى ، كتقديم كفيل عيني أو شخصي أو عقد تأمين لمصلحة الدائن . فإذا لم يمكن أن يتحقق للدائن الضمان الكافي ، فإن حقه يبقى غير قابل للتجزئة ، وضمانه هو كل أموال التركة ، ما وقع منها في نصيب الوارث وما وقع في نصيب الورثة الآخرين . مع مراعاة اتخاذ الإجراءات اللازمة لإشهار هذا الحق » (١) .

وهناك تعقيبان على ما تقدم : (١) تقول الفقرة الثانية من المادة ٨٩٥ : « على أن تحتفظ (المحكمة) لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين » . فمن كان له من الدائنين منذ البداية تأمين خاص ، كرهن أو امتياز ، يبقى له هذا التأمين كما كان . ويحسن في هذه الحالة أن يكون الوارث الذي وقع في نصيبه العين المثقلة بهذا التأمين الخاص هو الذي يختص بالدين الذي لصاحب هذا التأمين . (٢) قد ترى المحكمة حاجة إلى إضافة ضمان تكميلي يقدمه الوارث من ماله الخاص أو الاتفاق على أية تسوية أخرى ، مع أن المفروض أن نصيب الوارث من أموال التركة يفي بنصيبه من ديون التركة . والسبب في ذلك أن الوارث قد يكون معظم ما وقع في نصيبه من أموال التركة منقولاً ، بل قد لا يقع في نصيبه أي عقار . ففي هذه الحالة يجب عليه أن يقدم ضماناً تكميلياً من ماله الخاص ، كأن يقدم عقاراً يملكه ترتب عليه المحكمة حق اختصاص . وهذا لا يمنع من ترتيب تأمين على المنقولات التي وقعت في نصيب الوارث ، كأن تكون حلياً أو مجوهرات أو أوراقاً مالية يقدمها الوارث رهناً حيازياً للدائن (٢) . ويلاحظ أن عملية تأمين الديون المؤجلة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٨ - ص ٢٥٩ - وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المسألة أيضاً : « وهذه هي أدق نقطة في التصفية عاجلها المشروع ، ووفق فيها بين مصلحة الدائنين في ألا يتجزأ ضمانهم ومصلحة الورثة في أن تتجزأ عليهم الديون ، وفي أن يكون كل مستولا عن الديون الأخرى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠٢) .

(٢) وقد أضيفت في لجنة مجلس الشيوخ ، في الفقرة الثانية من المادة ٨٩٥ ، عبارة « على عقار أو منقول » بعد عبارة « وترتب المحكمة لكل دائن من دائني التركة تأميناً كافياً » =

بعد توزيعها على الورثة تقتضى أن كثيراً من عقارات الشركة ترتب عليها المحكمة حقوق اختصاص لمصلحة الدائنين ، وقد كانت خالية من قبل من أى تكليف عيني . لذلك أضيفت فى لجنة المراجعة إلى المادة ٨٩٥ فقرة ثلاثة تقول : « وفى جميع الأحوال إذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد سبق شهره ، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقاً للأحكام المقررة فى شهر حق الاختصاص ».

فإذا ما اختص كل وارث بنصيب من الديون المؤجلة على النحو السابق الذكر ، فقد يرغب أحد الورثة تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة التى وقعت فى نصيبه . وقد قدمنا أن الذى دعا إلى توزيع الديون المؤجلة على الورثة دون التعجيل بوفائها هو أن الورثة لم يجمعوا على هذا التعجيل ، فيجوز إذن أن يكون من بينهم من كان يريد تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة ومنعه من ذلك عدم انعقاد إجماع الورثة . فيستطيع هذا الوارث الذى كان يريد تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة أن يقوم هو بتعجيل الوفاء بما وقع فى نصيبه من هذه الديون . ويطلب إلى المحكمة أن تقضى بحلول الدين المؤجل الذى وقع فى نصيبه ، وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن طبقاً لأحكام المادة ٨٩٤ التى سبق بيانها (١) .

٦٠ - وفاء الديون التى لم تظهر فى قائمة الجرد - نص قانونى :

تنص المادة ٨٩٧ مدنى على ما يأتى :

« دائنو الشركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها فى قائمة الجرد ولم تكن لهم تأمينات على أموال الشركة ، لا يجوز لهم أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقاً عينياً على تلك الأموال ، وإنما لهم الرجوع على الورثة بسبب إثراتهم » (٢) :

= الواردة فى صدر الفقرة ، لأنه إذا كان من المرغوب فيه بيع المنقولات للوفاء بالديون ، ولكن « إذا أمكن ترتيب تأمين عليها ، كان ذلك أصح للورثة والدائنين على السواء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٧) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٣٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٨ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٠ - ص ٢٦١) .

وبعرض هذا النص لدائني التركة الذين ليس لهم تأمين خاص على أموال التركة ، ولم يعلموا بالتكليف الذي وجهه المصنف للدائنين ، بل قد يكونون لم يعلموا بموت المدين ، فلم تظهر الديون التي لهم على التركة في قائمة الجرد ، ولم يستطيعوا المنازعة في القائمة لجهلهم بها . فهؤلاء يبقون في الغالب مجهولين حتى تتم التصفية ، ويستولي كل وارث على نصيبه على اعتبار أنه خالص من الديون . لاشك في أن هؤلاء الدائنين تبقى حقوقهم قائمة ماداموا لم يستوفوها ، ويستطيعون الرجوع بها على أموال التركة ما بقيت هذه الأموال في أيدي الورثة ، إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون . فإذا رجع أحد منهم على عين للتركة في يد أحد الورثة ونفذ بحقه على هذا العين ، رجع الوارث على الورثة الباقين كل بقدر حصته في الدين .

لكن إذا تصرف الوارث في عين للتركة ، أو رتب عليها حقاً عينياً كرهن لأجنبي حسن النية لا يعلم إن هناك دائنين للتركة لم يستوفوا حقوقهم ، لم يستطع هؤلاء الدائنون أن يتتبعوا العين أو يتقدموا على الأجنبي ، حتى لو لم يشهر حق الإرث أو شهر ولم تنقض سنة من وقت شهره واستطاع الدائنون أن يؤثروا بحقوقهم على هامش تسجيل حق الإرث قبل انقضاء هذه السنة . ذلك لأن التصفية الجماعية تقطع السبيل على دائني التركة الذين لم يتقدموا في التصفية ، وإذا كانت التصفية لا تحمي الورثة من هؤلاء الدائنين مادامت أعيان التركة باقية في أيديهم ، فإنها تحمي الغير . ومن يتعامل مع الوارث بحسن نية بعد انتهاء التصفية من حقه أن يطمئن إلى أن التصفية قد خلصت التركة من الديون ، فلا يجوز لدائن لم يظهر في التصفية أن يتتبع عيناً للتركة تحت يده أو أن يتقدم عليه فيها . وإنما يجوز لهذا الدائن أن يرجع على الوارث

= ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٥٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٠١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

الذى تصرف فى هذه العين أورتب عليها حقاً عينياً ، وذلك - كما تقول
المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - « فى حدود ما عسى أن يكون
قد أخذه مقابلاً لمال الشركة ، كالثمن إذا كان التصرف بيعاً والبدل إذا كان
مقايضة والعوض إذا كان هبة » (١) والرجوع هنا يكون بسبب إثراء الوارث
على حساب الدائن . وهذا كله دون إخلال برجوع الدائن على الوارث
الذى تصرف فى العين عن طريق غير طريق الإثراء هذا ، وذلك بأن
يرجع الدائن على أعيان الشركة التى لا تزال باقية فى يد هذا الوارث كما
سبق القول .

٦١ - تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف - نص قانونى :
تنص المادة ٨٩٨ مدنى على ما يأتى :
« يتولى المصنف ، بعد تسوية ديون الشركة ، تنفيذ الوصايا وغيرها
من التكاليف » (٢) .

ويعرض هذا النص لما يبقى بعد سداد الديون من التكاليف على الشركة .
وتقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « بعد سداد
ديون الشركة تنفذ الوصايا وغيرها من التكاليف ، ومن التكاليف ما عسى
أن يكون على الشركة من ضريبة لخزينة الدولة » (٣) . وضريبة التركات
تستوفى من الشركة بعد سداد ديونها ، إذ هى تفرض على صافى أموال الشركة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٣١ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٩
فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم
٨٩٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦١ - ص ٢٦٢) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٥٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٠٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٢ .

والوصية تنفذ في حدود ثلث أموال التركة بعد سداد ديونها أيضاً إذ أن ديون التركة تقدم على الوصايا ، وما جاوز حدود الثلث لا ينفذ إلا بإجازة الورثة ، وسنبحث الوصية فيما يلي .

فالمصني إذن ، بعد أن يوفى ديون التركة وهي مقدمة على الوصايا والتكاليف الأخرى ، ينفذ التكاليف التي على التركة ، وينفذ الوصايا إن وجدت في الحدود المتقدمة الذكر (١) .

§ ٤ — المرحلة الرابعة — تسليم أموال التركة للورثة نهائية من الميراث

وقسمة هذه الأموال

٦٢ — المرحلة التي تنضم إليها هذه المرحلة : بعد أن يسدد المصني الديون والوصايا والتكاليف ، يكون ما بقي من أموال التركة ملكاً خالصاً للورثة ، إذ يكون قد تحقق المبدأ القاضي بالألا تركة إلا بعد سداد الديون تحققاً عملياً . فعلى المصني أن يسلم للورثة ما بقي من أموال التركة ، كل بحسب نصيبه في الإرث . ولكن هذه الأموال تكون شائعة بين الورثة ، ومن ثم يجوز لأي وارث أن يطلب من المصني أن يسلمه نصيبه مفزاً ، فيتعين على المصني عندئذ أن يقوم بالقسمة . وتسرى على القسمة القواعد المقررة لها ، إلا أن هناك أشياء ثلاثة تنفرد بأحكام خاصة : (١) الأوراق العائلية والأشياء التي تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث . (٢) المستغل الزراعي أو الصناعي أو التجاري الذي عسى أن يوجد في التركة . (٣) الديون التي للتركة على الغير . وقد يقوم المورث نفسه حال حياته بقسمة تركته على ورثته عن طريق الوصية ، وهذا ما يسمى بقسمة المورث . ولما كانت هذه القسمة تتناول أموال التركة والورثة والديون التي على التركة ، وهذه كلها لا تتحدد نهائياً إلا عند موت المورث ، فيجب وضع قواعد خاصة للحالات

(٦) وإذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة أخرت عن ديون التركة فتتقدم هذه عليها ، وقدمت على أنصبة الورثة فيقدم الموصي له على الورثة في حدود ثلث التركة ، ويتقاضى نصيبه أولاً والباقي من التركة يقسم على الورثة بحسب أنصبتهم في الميراث (قارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٣٤) . وإذا كانت الوصية بعين معينة أو حصة شائعة في عين معينة ، واضطر المصني أن يني الدين كله أو بعضه من هذه العين ، كان للموصي له أن يرجع بقدر الدين الذي استوفى في ثلث الباقي من التركة بعد وفاء الديون (م ٣٩ من قانون الوصية) .

التي لا تتناول فيها قسمة المورث كل أموال الشركة أو كل الورثة أو كل ديون الشركة.

فالمسائل التي يجب بحثها في هذه المرحلة الرابعة هي إذن : (١) تسليم ما بقي من أموال الشركة بعد تصفيتها للورثة (م ٨٩٩ - ٩٠١) . (٢) قسمة المصنفي للشركة (م ٩٠٢ - ٩٠٤) - (٣) أحكام خاصة تنفرد بها بعض أموال الشركة عند قسمتها (م ٩٠٥ - ٩٠٧) . (٤) قسمة المورث (م ٩٠٨ - ٩٠٩ و م ٩١٢) . (٥) الحالات التي لا تتناول فيها قسمة المورث كل أموال الشركة أو كل الورثة أو كل ديون الشركة (م ٩١٠ - ٩١١ و م ٩١٣) .

٦٣ - تسليم ما بقي من أموال الشركة بعد تصفيتها للورثة - نصوص قانونية :

تنص المادة ٨٩٩ مدني على ما يأتي :

« بعد تنفيذ التزامات الشركة ، يؤول ما بقي من أموالها إلى الورثة ، كل بحسب نصيبه الشرعي » .

وتنص المادة ٩٠٠ مدني على ما يأتي :

١ - يسلم المصنفي إلى الورثة ما آل إليهم من أموال الشركة » .

٢ - ويجوز للورثة ، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالحدود ، المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء والنقود التي لا يحتاج لها في تصفية الشركة أو أن يتسلموا بعضاً منها ، وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها » .

وتنص المادة ٩٠١ مدني على ما يأتي :

« تسلم المحكمة إلى كل وارث يقدم إعلماً شرعياً بالوراثة أو ما يقوم مقام هذا الإعلان ، شهادة تقرر حقه في الإرث وتبين مقدار نصيبه منه ، وتبين ما آل إليه من أموال الشركة » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٩٩ : ورد هذا النص في المادة ١٣٣٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٨٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٣ ص ٢٦٤) .

م ٩٠٠ : ورد هذا النص في المادة ١٣٣٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧١ في المشروع النهائي . =

وتعرض هذه النصوص لتسليم المصنف للورثة ما بقي من أموال التركة بعد تصفيها ، أى بعد سداد ديونها وتنفيذ التكاليف والوصايا . ذلك أن التركة بعد هذه التصفية تصبح ملكاً خالصاً للورثة كما قدمنا ، فيسلمها المصنف لهم ، كل بحسب نصيبه في الإرث . وتعتبر هذه الأموال مملوكة للورثة من وقت موت المورث ، لا من وقت التسليم فحسب . ولكنهم لا يستطيعون التصرف فيها إلا من وقت أن يتسلموا من المحكمة التى تنظر فى شؤون التصفية سنداً بملكيتهم للأموال الموروثة ، وهم فى ذلك كالورثة فى التركة التى لم تخضع للتصفية الجماعية لا يستطيعون التصرف فى أموال التركة إلا بعد شهر حق الإرث وإن كانوا يملكون هذه الأموال من وقت موت المورث .

والمحكمة تسلم لكل وارث ، بعد تصفية التركة وعند تسلم الورثة ما بقي من أعيان التركة ، سند ملكيته للأموال الموروثة المشار إليه فيما تقدم . وهذا السند هو شهادة الإرث ، يحصل عليها الوارث من المحكمة بعد أن يقدم لها إعلماً شرعياً بالوراثة^(١) ، أو ما يقوم مقام هذا الإعلان كحكم صادر من

= ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٤ - ص ٢٦٥) .

م ٩٠١ : ورد هذا النص فى المادة ١٣٣٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٦ - ص ٢٦٧) .

ولا مقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٦٠ - ٨٦٢ (موق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٠٣ - ٩٠٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تريب على المحكمة إن هى اعتدت فى قضائها بثبوت الوراثة على إشهاد شرعى لم ينازع فيه أحد (نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ١٦) . وانظر فى حجية الإعلام الشرعى لإثبات الوراثة ما لم ينقضه حكم : استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٢٠ - =

المحكمة المختصة باستحقاقه في الإرث إذا ما أنكر عليه باقي الورثة حقه كوارث فاستصدر هذا الحكم في مواجهم^(١) . وهذه الشهادة التي يتسلمها من المحكمة ورقة رسمية تقرر حقه في الإرث ، وتبين مقدار نصيبه في التركة ، وتعين أموال التركة التي آلت إليه بعد التصفية^(٢) . ويستطيع الوارث

٢٢ فبراير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢١٢ - ٦ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١١٠ - ٢٠ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٦٣ (لاحجية للإعلام الشرعى إذا ناقضه إقرار بمن يشهد لصالحه) - ٢٣ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٨١ (لاحجية للإعلام الشرعى الصادر من محكمة شرعية أجنبية ولم تراجعها سلطة مصرية مختصة) - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٢٤ - ٨ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٤٨ - ١٠ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٣١ (لاحجية للإعلام الشرعى ما لم ينقضه دليل مخالف) - ٢٥ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٩١ - ١٤ يونيو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٢ (رفض تحرير الإعلام الشرعى إذا فازع أحد الورثة ويجب في هذه الحالة رفع دعوى الإرث) .

وقد قضت محكمة النقض بأن حجية الإعلام الشرعى بتحقيق الوفاة والوراثة الذى يصدر بناء على إجراءات تقوم في جوهرها على تحقيقات إدارية يصح أن ينقضها بحث تقوم به السلطة القضائية المختصة (نقض مدنى ١٩ يونيو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٦٠٣) . (١) وقد قضت محكمة النقض بأن حكم المحكمة الشرعية القاضى بمنع التعرض في بعض التركة ، إذا كان مؤسسا على ما قضى به من ثبوت الإرث المبني على النسب ، يعتبر حكما موضوعيا بالوراثة (نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٠ رقم ١٤) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن المشرع أراد أن يضمن على شهادة الوفاة والوراثة حجية مالم يصدر حكم على خلافها ، ومن ثم جاز للنوى الشأن من لهم مصلحة في الطعن على الإشهاد أن يطلبوا بطلانه ، سواء أكان ذلك في صورة دعوى مبتدأة أم في صورة دفع (نقض مدنى سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٥٨ ص ٣٤٠) - وانظر نقض مدنى ٩ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ ص ٦١٩ - ١١ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٤٧ ص ١٠٨٣ - ٢٩ يونيو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢٠٦ ص ١٤٨٠ .

(٢) وفيما يتعلق بتركات الأجانب ، تنص المادة ٩٥٠ مرافعات على أن « يصدر قاضى الأمور الوقتية أمراً على عريضة ... (رابعاً) بتسليم كلى وارث شهادة تقرر حقه في الإرث ، وتعيين مقدار نصيبه فيه ، وتعيين ما آل إليه من أموال التركة ، وذلك بناء على طلب الوارث وبعد أخذ رأى المصنف كتابة . (خامساً) بتقدير نفقات التصفية والأجر الذى يستحقه المصنف عن الأعمال التى قام بها أو من استعان بهم من أهل الخبرة » . هذا ويجوز لقاضى الأمور الوقتية « عند الاقتضاء أن يحيل الطلب إلى المحكمة ، ويأمر باعلان ذوى الشأن لجلسة يحددها في ميعاد ثمانية أيام على الأقل ، وتفصل المحكمة في الطلب منعقدة بهيئة غرفة مشورة » .

أن يشهر حقه في الإرث عن طريق تسجيله لهذه الشهادة ، إذ هي تتضمن كل البيانات اللازمة .

وليس من الضروري أن ينتظر الوارث نهاية التصفية قبل أن يتسلم بعضاً مما يؤول إليه من أموال الشركة . فقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٩٠٠ مدني تنص على ما يأتي : « ويجوز للورثة ، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء والنقود التي لا يحتاج لها في تصفية الشركة أو أن يتسلموا بعضاً منها ، وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها » . فمن المحتمل ، بعد انقضاء الميعاد المقرر لرفع المنازعات المتعلقة بقائمة الجرد ، وهو ثلاثون يوماً من يوم إخطار آخر وارث بايداع القائمة قلم كتاب المحكمة ، أن يتبين ، من الرجوع إلى القائمة وما يقدم فيها من منازعات ، أن الشركة ظاهرة اليسار وأن المصنف ليس في حاجة للاحتفاظ بجميع أموال الشركة لتصفيتها . ففي هذه الحالة يجوز للوارث أن يطالب المصنف بأن يسلمه فوراً كل نصيبه أو بعضه في الأشياء والنقود التي لا يحتاج لها المصنف في تصفية الشركة . فيسلمه المصنف ما طلبه على أن يخصم من نصيبه النهائي في الميراث . ويطالب المصنف الوارث بكفالة أو لا يطالبه بها بحسب مقدار يسار الشركة ، فإن كان اليسار كبيراً لم يطالبه بتقديم كفالة إذ لا يتضمن تسليم الوارث لشيء من أموال الشركة أي خطر ، وإن كان اليسار غير كبير طالبه بتقديم كفالة إذ قد يتبين في النهاية أن المال الذي تسلمه الوارث لازم لتصفية الشركة فتضمن الكفالة رد هذا المال . وما تسلمه الوارث من الأموال وقتئذ يستطيع التصرف فيه ، دون انتظار لنهاية التصفية وتسليم شهادة الإرث (١) .

٦٤ - فسخ المصنف للشركة - نصوص قانونية : تنص المادة ٩٠٢

مدني على ما يأتي :

« لكل وارث أن يطلب من المصنف أن يسلمه نصيبه في الإرث مفرزاً ، إلا إذا كان هذا الوارث ملزماً بالبقاء في الشروع بناء على اتفاق أو نص في القانون » .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٦٦ .

وتنص المادة ٩٠٣ مدني على ما يأتي :

« ١ - إذا كان طلب القسمة واجب القبول ، تولى المصنف إجراء القسمة بطريقة ودية على ألا تصبح هذه القسمة نهائية إلا بعد أن يقرها الورثة بالإجماع » .

« ٢ - فإذا لم ينعقد إجماعهم على ذلك ، فعلى المصنف أن يرفع على نفقة التركة دعوى بالقسمة وفقاً لأحكام القانون ، وتستزل نفقات الدعوى الدعوى من أنصباء المتقاسمين » .

وتنص المادة ٩٠٤ مدني على ما يأتي :

« تسرى على قسمة التركة القواعد المقررة في القسمة ، وبوجه خاص ما يتعلق منها بضمان التعرض والاستحقاق وبالفن وبامتياز التقاسم ، وتسرى عليها أيضاً الأحكام الآتية » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٠٢ : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ١٣٣٥ من المشروع النهي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وكان المشروع التمهيدى يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتي : « ومع ذلك فللقاضي الجزئ أن يأمر ، بناء على طلب ذي شأن ، بوقف تقسيم التركة أو بعض أعيانها ، إذا كانت القسمة العاجلة من شأنها أن تؤدي إلى نقص محسوس في قيمة المال » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٧٣ في المشروع النهائي ، بعد حذف الفقرة الثانية وذلك نتيجة حذف نص يماثلها كان قد ورد في القسمة (م ١٢٠٢/٢ من المشروع التمهيدى وقد حذفت في لجنة المراجعة لعدم الموائمة على حكمها : مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٢) . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٧١ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٧ - ص ٢٦٨) .

م ٩٠٣ : ورد هذا النص في المادة ١٣٣٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٩ - ص ٢٧٠) .

م ٩٠٤ : ورد هذا النص في المادة ١٣٣٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٥ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٣ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٠ - ص ٢٧١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

ونقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري ٨٦٣ - ٨٦٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٠٦ - ٩٠٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

وتعرض هذه النصوص لحالة ما إذا طلب أحد الورثة (١) من المصنف أن يسلمه نصيبه في الإرث مفرزاً ، فإن أموال التركة بعد تصفيتها تكون شائعة بين الورثة . ولما كان لا يجبر أحد على البقاء في الشيوع إلا باتفاق كما هو الأمر في ملكية الأسرة أوبنص في القانون كما هو الأمر في الشيوع الإجباري ، فإن الوارث الذي يطلب تسلم حصته مفرزة ، إذا لم يوجد اتفاق أو نص يمنعه من التقلم بهذا الطلب ، لا بد أن يجاب إلى طلبه . يتعين على المصنف في هذه الحالة أن يجري قسمة أموال التركة ، حتى فرز نصيب الوارث . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في هذا الصدد : « إذا لم يوجد مانع من إجابة الوارث إلى طلب تسليم نصيبه مفرزاً ، تولى المصنف تجنب حصته مفرزة بالاتفاق مع الورثة ، فإن لم يتفقوا جميعاً ، رفع دعوى القسمة وتكون نفقاتها على الورثة ، ويسرى على هذه الدعوى أحكام دعوى القسمة ، ويترتب عليها نفس الأحكام » (٢) . ويترتب على القسمة بوجه خاص ضمان التعرض والاستحقاق ، ونقض القسمة للغبن ، وامتياز المتقاسم ، وقد سبق بيان ما يتعلق بالتعرض والاستحقاق وبالغبن ، وسيأتي بيان امتياز المتقاسم عند الكلام في التأمينات العينية .

٦٥ - أمطار خاصة بتفريدها بعضه أموال التركة عند فسخها - الأوراق العائلية وما إليها والمستغل الزراعي أو الصناعي أو التجاري والديون التي للتركة - نصوص قانونية : وقد أفرد القانون بعض أموال التركة عند قسمتها بأحكام خاصة .

فنصت المادة ٩٠٥ مدني على ما يأتي : « إذا لم يتفق الورثة على قسمة الأوراق العائلية أو الأشياء التي تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث ، أمرت المحكمة إما ببيع هذه الأشياء أو بإعطائها لأحد الورثة مع استئصال قيمتها من نصيبه في الميراث أو دون استئصال ، ويراعى في ذلك ما جرى عليه العرف

(١) أو الموصي لهم بسهم شائع في التركة ، فإنه يعتبر شريكاً في الشيوع مع الورثة .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦٩ .

وما يحيط بالورثة من ظروف شخصية» (١) .

فالأوراق العائلية والأشياء التي تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث ، كذكراته وشهاداته وأوسمته وملابسه الرسمية وصوره الفوتوغرافية وما تركه من ذكريات مادية كالأسلحة وأصول المؤلفات والمكتب الذي كان يقعد إليه والقلم الذي كان يكتب به وما إلى ذلك ، إذا اتفق الورثة على أمر في شأنها ، نفذ هذا الاتفاق . أما إذا لم يتفق الورثة على طريقة تقسيمها ، تولت المحكمة المختصة بنظر شؤون التصفية البت في شأنها ، مستلهمة في ذلك العرف وظروف الأسرة والظروف الشخصية للورثة . فقد تأمر ببيعها وتوزيع ثمنها على الورثة ، وقد تعطيها لوارث معين هو ألبق الورثة باقتنائها بعد استئزال قيمتها من نصيبه في الإرث ، أو دون استئزال إذا تمحضت قيمتها في عنصرها المعنوى .

ونصت المادة ٩٠٦ مدنى على ماأتى : « إذا كان بين أموال التركة مستغل زراعى أو صناعى أو تجارى مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها ، وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع به ، وضمن هذا المستغل يقوم بحسب قيمته ويستئزل من نصيب الوارث في التركة . فاذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل ، خصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل » (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٦ في المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٢ - ص ٢٧٣) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدنى السابق .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٦٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٠٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقارية اللباني لا مقابل .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : « إذا كان من أموال التركة مستغل زراعى أو صناعى أو تجارى ، وجب تسليم هذا المستغل باعتبارده وحدة اقتصادية قائمة بذاتها لمن يطلبه من الورثة ، إذا كان أقدرهم على =

فالمستغل الزراعى أو الصناعى أو التجارى الذى يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها . كـبستان غرست فيه أشجار الفاكهة أو الزهور وكـمصنع وكـمحل تجارى ، يراعى فيه هذه الوحدة الاقتصادية ، فلا يصح تقسيمه وإلا كان فى ذلك انتقاص كبير من قيمته . فيعطى المستغل برمته لأقدر الورثة على استغلاله ، ويقدر ثمن المستغل بحسب قيمته كرأس مال لا بحسب ما ينتجه من إيراد . ويستتزل هذا الثمن من نصيب الوارث الذى أعطى له المستغل ، فإذا لم يف نصيبه بثمن المستغل ألزم بدفع الفرق . فإذا تساوى وارثان أو أكثر فى القدرة على الاستغلال ، أعطى المستغل لمن يدفع فيه أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل . وإذا لم يوجد أحد من الورثة تتوافر فيه القدرة على الاستغلال ، بيع المستغل لأجنبي طبقاً للقواعد المقررة فى القسمة ، ووزع ثمنه على الورثة . وإذا لم يوجد فى التركة غير المستغل أو كان هو معظم التركة ، ووجد وارث تتوافر فيه القدرة على استغلاله ورضى بدفع ثمنه ، أعطى له ، ويكتفى باقى الورثة كل بحصته فى الثمن بنسبة نصيبه فى الإرث .

=الاضطلاع به ، على أن يراعى فى تقدير الثمن ما ينتجه هذا المستغل ، وأن يستتزل هذا الثمن من نصيب الوارث فى التركة . وقد وافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٧٧ فى المشروع النهائى ؛ بعد إدخال بعض تعديلات لفظية عليه . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٥ . وفى لجنة مجلس الشيوخ روى أن يكون تقويم المستغل لا باعتبار قيمة إيراده وإنما بحسب قيمته « لأن الإيراد قد يتأثر بطريقة الاستغلال وقدرة المستغل » ولذلك استبدلت عبارة « يقوم بحسب قيمته » بعبارة « بقدر اعتبار قيمة إيراده » . وأضيف إلى الشق الأخير من النص عبارة « فإذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل ، خصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل » . وقد أصبح النص بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد وصار رقمه ٩٠٦ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٣ - ص ٢٧٥) .

ولامقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٦٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى ٩١٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

ونصت المادة ٩٠٧ مدني على ما يأتي : « إذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة ، فإن باقى الورثة لا يضمنون له المدين إذا هو أعسر بعد القسمة ، مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » (١) .

ويلاحظ في صدد هذا النص أنه يعرض للديون التى للتركة ، أى للحقوق الشخصية (créances) التى يكون فيها المورث دائناً لأجنبي . وهذه الحقوق الشخصية لا تدخل فى الشيوع مع أموال التركة الشائعة ، بل هى تنقسم بمجرد وفاة المورث على الورثة ، كل بنسبة حصته فى الميراث (٢) . فإذا وضع كل الحق الشخصى عند القسمة فى نصيب أحد الورثة ، فانما يكون ذلك فيما بين الورثة وحدهم . أما بالنسبة إلى المدين بهذا الحق ، فإنه بموت المورث يصبح مديناً لكل وارث بمقدار حصته . ويجب أن يحول باقى الورثة حصصهم للوارث الذى وقع فى نصيبه الحق عن طريق حوالة الحق (٣) . ولكن هؤلاء الورثة لا يضمنون للوارث الذى اختص بالحق وحده إعسار المدين بعد القسمة إلا إذا وجد اتفاق يقضى بذلك ، كما تقول المادة ٩٠٧ مدني سالفه الذكر . فهم إذن يضمنون للوارث ، دون اتفاق ، إعسار المدين عند القسمة . وفى هذا تشديد للضمان الذى تقرره

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٤٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٨ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٦ - ص ٢٧٧) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٦٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩١١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن دين الأجرة ، وإن كان أصلاً للمورث ، إلا أنه مادام بطبيعته قابلاً للانقسام ، فهو ينقسم بحدوفاته على الورثة كل بقدر حصته الميراثية (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢٠١ ص ١٢٧٨) .

(٣) أنظر ما قدمناه فى هذه المسألة عند الكلام فى القسمة : الوسيط ٨ ققرة ٥٧٩ .

القواعد العامة ، إذ تنص المادة ٣٠٩/١ مدني على أنه « لا يضمن المحيل يسار المدين ، إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان » . فالمحيل لا يضمن إلا وجود الدين وقت الحوالة ، ولا يضمن يسار المدين في هذا الوقت إلا باتفاق خاص . أما هنا في قسمة التركة ، حيث تقتضي القسمة مراعاة المساواة ما بين المتقاسمين ، فالورثة يضمنون يسار المدين عند القسمة دون حاجة إلى اتفاق خاص على ذلك . أما إذا أريد ضمان يسار المدين عند حلول المدين ، فهذا الذي يقتضي اتفاقاً خاصاً كما تقتضي بذلك المادة ٩٠٧ مدني التي تقدم ذكرها .

٦٦ - قسمة المورث - نفوس قانونية : تنص المادة ٩٠٨ مدني على ما يأتي :

« تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي ، بحيث يعين لكل وراث أو لبعض الورثة قدر نصيبه ، فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية » .
وتنص المادة ٩٠٩ مدني على ما يأتي :

« القسمة المضافة إلى ما بعد الموت يجوز الرجوع فيها دائماً ، وتصبح لازمة بعد وفاة الموصي » .

وتنص المادة ٩١٢ مدني على ما يأتي :

« تسري في القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة ، عدا أحكام الغبن » . (١)

(١) تاريخ النصوص :

٩٠٨ م : ورد هذا النص في المادة ١٣٤١ من المشروع التمهدي على الوجه الآتي :
« يجوز للمورث أن يقسم التركة بين ورثته بوصية مكتوبة في ورقة رسمية ، على أن يراعى في ذلك القواعد المتعلقة بتحديد أنصبة الورثة وبتحديد القدر الذي تجوز فيه للوصية » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٧٩ في المشروع النهائي ، وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدل النص على الوجه الآتي : « يجوز للمورث أن يقسم التركة بين ورثته ، على أن يراعى في ذلك أحكام الوصية والقواعد المتعلقة بتحديد أنصبة الورثة وبتحديد القدر الذي تجوز فيه الوصية » ، وسبب التعديل العمل على تنسيق النص مع نص المادة ١٣ من مشروع قانون الوصية ، ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٧٢ . وفي لجنة مجلس الشيوخ وضع نص جديد هو نفس النص الوارد في قانون الوصية لتتساق بين القانون المدني وقانون الوصية ،

وتعرض هذه النصوص لقسمة المورث ، وهي القسمة التي يجريها المورث في تركته بين ورثته حال حياته ، وتكون في صورة وصية يجوز الرجوع فيها . ولو لم يجز الرجوع فيها لكانت تعامل في تركة مستقبلية وكانت باطلة ، فجعلت وصية يجوز الرجوع فيها لأن الوصية مستثناة من حكم بطلان التعامل في التركة المستقبلية . والمادة ٩٠٨ مدني سالفه الذكر تقرر المبدأ العام في هذه المسألة ، وهي منقولة من المادة ١٣ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ التي تجرى على الوجه الآتي : « تصح الوصية بقسمة

فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٩٠٨ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٧ - ص ٢٧٩) . م ٩٠٩ : ورد هذا النص في المادة ١٣٤٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « القسمة المضافة إلى ما بعد الموت يجوز الرجوع فيها دائماً ، ولكن لا يتم الرجوع إلا إذا كان في ورقة رسمية » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٨٠ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤن التشريعية لمجلس النواب عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وذلك لتنسيق بينه وبين المادة ١٣ من قانون الوصية ، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٨ . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٧٩ - ص ٢٨٠) .

م ٩١٢ : ورد هذا النص في المادة ١٣٤٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « ١ - تسرى في القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة ، ويسرى بوجه خاص ما يتعلق من هذه الأحكام بضمان التعرض والاستحقاق وما يتعلق منها بالغبن وبامتياز المتقاسم . ٢ - وعلى الوارث الذي يطعن في القسمة بالغبن أن يرفع دعواه في السنة التالية لتسليم أموال التركة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٨٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨١ . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتي : « تسرى في القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة ، عدا أحكام الغبن » . وقد استبعدت أحكام الغبن دفعاً للتدخل بين أحكام الوصية وأحكام الغبن . وحذفت الفقرة الثانية تمثيلاً مع استبعاد أحكام الغبن ، فصار النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٩١٢ . ووافق مجلس الشيوخ عليه كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٣ - ص ٢٨٥) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٦٩ - ٨٧٠ وم ٨٧٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩١٢ - ٩١٣ وم ٩١٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

أعيان التركة على ورثة الموصى . بحيث يعين لكل وارث أول بعض الورثة قدر نصيبه ، وتكون لازمة بوفاة الموصى . فان زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه في التركة ، كانت الزيادة وصية . وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون الوصية في صدد هذا النص : « مادة جديدة وضعت لتمكين المورث من تنظيم تركته وقسمتها بين الورثة على وجه المصلحة التي يراها . فيجوز للمورث أن يعين لكل وارث قدر نصيبه في التركة ، وأن يوصى بأن يكون لكل وارث ما عينه له ، ووصيته بذلك صحيحة نافذة (قال بذلك بعض فقهاء الشافعية والحنابلة) . وبناء على ما جاء بالمادة ٣٨ من جواز الوصية للوارث بالثلث بدون توقف على إجازة الورثة ، يجوز للمورث أن يزيد في بعض الأنصباء ما يراه بحيث لا يتجاوز مجموع الزيادة ثلث التركة . فان كان أكثر من الثلث ولم يحز الورثة الزائد . قسم الثلث بين أصحاب الأنصباء المزیدة بنسبة مازاده لكل منهم ، ورد الباقي إلى التركة » .

وليس من الضروري أن يقسم المورث تركته على جميع ورثته ، بل يصح أن يفرز نصيب بعض الورثة دون غيرهم . ويكون باقي التركة للباقي من الورثة شائعاً بينهم . ومن أفرز المورث نصيبه في التركة لا يجوز أن يزيد قيمة نصيبه على استحقاقه في الإرث إلا بقدر ثلث التركة . إذ تعتبر هذه الزيادة وصية .

وقسمة المورث هي وصية من ناحية ، وقسمة من ناحية أخرى . فمن حيث إنها وصية ، يجوز للمورث الرجوع فيها دائماً حال حياته ، ولا تصبح لازمة إلا بوفاة (م ٩٠٩ ملغى سالفه الذكر) . ومن حيث إنها قسمة . تسرى عليها أحكام القسمة ، وبخاصة أحكام ضمان التعرض والاستحقاق وأحكام امتياز المتقاسم . ويستثنى من ذلك أحكام الغبن فهي لا تسرى على قسمة المورث ، وقد قدمنا أنه يجوز للمورث أن يعطي أحد الورثة أكثر من استحقاقه وتكون الزيادة وصية . فالزيادة إذن لا تكون غبناً بل تعتبر وصية وتنفذ دون إجازة الورثة مادامت في حدود ثلث التركة ، وعلى ذلك وجب استبعاد أحكام الغبن^(١) .

(١) انظر ماتم في لجنة مجلس الشيوخ في هذا الشأن آنفاً ص ١٨٧ هامش ١

٦٧ - الحالات التي لا تتناول فيها قسمة المورث كل أموال التركة أو كل

الورثة أو كل ديون التركة - فهو من قانونية : ولما كان المورث يقسم تركته بين ورثته حال حياته ، وكانت أموال التركة وللورثة وديون التركة لا يمكن معرفتها على وجه التحقيق إلا عند وفاة المورث ، لذلك كان من الجائز ألا تتناول القسمة كل أموال التركة أو كل الورثة أو كل ديون التركة .
ففيما يتعلق بعدم تناول القسمة كل أموال التركة ، تنص المادة ٩١٠ مدني على ما يأتي : « إذا لم تشمل القسمة جميع أموال المورث وقت وفاته ، فإن الأموال التي لم تدخل في القسمة تؤول شائعة إلى الورثة طبقاً لقواعد الميراث » (١) . وهذا النص يسرى فيما إذا استجد للمورث مال بعد القسمة التي أجراها بين ورثته ، ولم يتمكن من إدخال هذا المال الجديد في القسمة قبل موته ، أو لم يرد ذلك . فتبقى القسمة التي أجراها في الأموال التي أجريت فيها على ما هي عليه ، أما المال الذي استجد فيؤول إلى الورثة ضمن تركته ، ولكنه يكون شائعاً بينهم لأنه لم يدخل في القسمة ، ويوزع بينهم طبقاً لقواعد الميراث (٢) . وقد يقع العكس ويتصرف المورث في بعض الأموال التي دخلت في القسمة ، فتختل بذلك القسمة التي أجراها بين

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٤٣ من المشروع التمهيلي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٨١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٠ - ص ٢٨١) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٧١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩١٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

(٢) ويلاحظ هنا أنه في حساب المقدار الجائز الإيصاء به لبعض الورثة في القسمة التي أجراها المورث ، يضاف المال الذي استجد إلى المال الذي أجريت فيه القسمة ، فيكون المقدار الجائز الإيصاء به هو ثلث هذا المجموع .

الورثة . ولما كانت القسمة قد أجريت بطريق الوصية ، فإن تصرف المورث في بعض الأموال التي أدخلها في القسمة يعتبر عدولاً منه عن الوصية . فتسقط القسمة ، وتكون الأموال التي يتركها المورث لورثته عند وفاته دون أن يتصرف فيها تركة شائعة بين الورثة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « وإذا كان الأمر بالعكس وتصرف المورث في بعض الأموال التي دخلت في القسمة ، فإن القسمة تبطل ويجب إجراء قسمة جديدة » . (١)

وفيما يتعلق بعلم تناول القسمة كل الورثة ، تنص المادة ٩١١ مدنى على مايلئى : « إذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا القسمة ، فإن الحصة المفروزة التي وقعت في نصيب من مات توول شائعة إلى باقى الورثة طبقاً لقواعد الميراث » . (٢) وهذا النص يسرى فيما إذا ملت قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة الذين دخلوا القسمة ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٧ .

(٢) تاريخ للنص : ورد هذا النص في المادة ١٣٤٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يحمل النص فقرة ثانية تسبقها فقرة أولى تجرى على الوجه الآتى : « إذا لم يدخل في القسمة جميع من يوجد من الورثة وقت وفاة المورث ، كانت القسمة كلها باطلة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٨٢ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حلفت للفقرة الأولى ليتسق النص مع المادة ١٣ من مشروع قانون الوصية التي تمكن المورث من إفراد نصيب بعض الورثة إذا رأى الاقتصار على ذلك . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٨٠ . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩١١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٢ - ص ٢٨٣) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السوري م ٨٧٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩١٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

« وإذا نقصوا (الورثة الذين دخلوا القسمة) بأن مات أحد منهم قبل وفاة المورث ، ولم تتغير أنصباء الباقي بعد هذا الموت ، فإن الحصة المقررة التي وقعت في نصيب من مات توّول شائعة لبقية الورثة بنسبة حصة كل منهم في الميراث . وإن حجب أحد منهم بوارث وجد بعد القسمة وتغيرت الأنصباء بهذا الحجب ، بطلت القسمة »^(١) . وهناك فرض ثان ، هو أن يزيد الورثة عما كانوا عليه وقت الوصية بالقسمة . سواء دخل كل الورثة الموجودين وقت الوصية القسمة أو دخل بعضهم فقط . وفي هذا الفرض تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وفيما يتعلق بالورثة ، إذا زادوا وقت الموت عما كانوا وقت الوصية ، فإن القسمة تصبح باطلة »^(٢) ، وذلك لأن أنصباء الورثة تكون قد تغيرت وقت الموت عما كانت وقت الوصية بالقسمة بسبب من استجد من الورثة . بقي الفرض الأخير . وهو أن يدخل بعض الورثة دون بعض في القسمة ، ويبقى الورثة وقت الموت كما كانوا وقت الوصية بالقسمة . وفي هذا الفرض تبقى قسمة المورث صحيحة . إذ يكون المورث قد أفرز نصيب بعض الورثة دون بعض . ولم تتغير أنصباء الورثة وقت الموت عما كانت وقت الوصية بالقسمة . وهذا جائز طبقاً لصريح نص المادة ٩٠٨ مدنى والمادة ١٣ من قانون الوصية . وفيما يتعلق بعدم تناول القسمة كل ديون التركة . تنص المادة ٩١٣ مدنى على ما يأتى : « إذا لم تشمل القسمة ديون التركة ، أو شملتها ولكن لم يوافق الدائنون على القسمة . جاز عند عدم تسوية الديون بالاتفاق مع الدائنين ، أن يطلب أى وارث قسمة التركة طبقاً للمادة ٨٩٥ ، على أن تراعى بقدر الإمكان القسمة التي أوصى بها المورث والاعتبارات التي بنيت عليها »^(٣) . ويلاحظ في هذا الصدد أن قسمة المورث للديون التي

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٧ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٤٦ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يقول « جاز عند عدم اتفاق الورثة على تسوية الديون » . وفي لجنة المراجعة استبدل بهذه العبارة عبارة « جاز عند عدم تسوية الديون بالاتفاق مع الدائنين » ، وصار النص رقمه ٩٨٤ في المشروع النهائى =

على التركة بين الورثة يجب ، حتى تكون نافذة في حق دائني التركة ، أن يوافقوا عليها . فإذا لم يوافق الدائنون على القسمة ، أو لم تشمل القسمة ديون التركة ، فإن التركة تبقى مثقلة بهذه الديون . فإذا استطاع الورثة أن يتفقوا مع الدائنين على تسوية هذه الديون ، نفذ ما اتفقوا عليه جميعاً في هذا الشأن . وإذا لم يستطع الورثة الاتفاق مع الدائنين ، فإن قسمة المورث تكون غير كاملة إذ لم تندرج فيها الديون . ويجوز عندئذ لأي وارث أن يطلب من المحكمة المختصة بنظر شؤون التصفية أن تتولى قسمة التركة من جديد طبقاً لأحكام المادة ٨٩٥ مدني التي سبق ذكرها . فتوزع المحكمة الديون المؤجلة وأموال التركة « بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون في نتيجته معادلاً لصافي حصته في الإرث (م ٨٩٥ مدني) . وترتب المحكمة التأمينات الكافية على أموال التركة لضمان حقوق دائني التركة طبقاً لأحكام الفقرتين الأخيرتين من المادة ٨٩٥ مدني . وتلتزم المحكمة في كل ذلك ، بقدر الإمكان ، القسمة التي أوصى بها المورث والاعتبارات العائلية والشخصية التي بنيت عليها هذه القسمة ، فلا تنحرف عنها إلا لضرورة . حتى تحترم بذلك وصية المورث بقدر المستطاع .

المبحث الثالث

شهر حق الإرث

٦٨ - موضوع حق الإرث للشهر منذ قانون تنظيم الشهر العقاري :

لم يستقص قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ استقصاء تاماً المحررات

= ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٢ ، فجلس الشيوخ رقم ٩١٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨٦ - ص ٢٨٨) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٧٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩١٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٩ .

التي يجب شهرها . فقد اقتصر في التصرفات القانونية على العقود ما بين الأحياء ، وترك الوقائع والتصرفات التي تنقل الملك بسبب الموت وهي الإرث والوصية . وقد كان عدم شهرها ثغرة واسعة في نظام الشهر الذي قرره التقنين الملئ السابق ، فبقى ثغرة واسعة في نظام الشهر الذي قرره قانون التسجيل . فالوصية تصرف قانوني . ولكنها ليست بعقد من جهة وهي من جهة أخرى تنقل الملك بسبب الموت لا فيما بين الأحياء ، ومن ثم لم تكن خاضعة للتسجيل طبقاً لأحكام قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ . وكذلك حق الإرث لم يكن خاضعاً للتسجيل طبقاً لهذا القانون ، فالإرث ينقل الملك بسبب الموت لا فيما بين الأحياء ، وهو ليس بعقد ، بل هو ليس بتصرف قانوني إذ هو واقعة مادية . وقد كان ذلك سبباً في قصور دفاتر الشهر عن أن تكشف عن تسلسل الملكية العقارية ، فكثيراً ما تنتقل هذه الملكية بالإرث أو بالوصية فتقطع حلقات السلسلة عند ذلك . لهذا لم يكن قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ أساساً صالحاً للتمهيد لنظام السجل العيني مع وجود هذه الثغرات فيه . وقد سد هذه الثغرات قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ المعمول به منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ ، ولا يزال معمولاً به حتى الآن . فقد استقصى هذا القانون جميع التصرفات الواجب شهرها ، منشئة كانت أو كاشفة . فدخل فيما يجب شهره جميع التصرفات ، سواء كانت بين الأحياء كالبيع أو بسبب الموت كالوصية ، وكانت الوصية لا تخضع للتسجيل من قبل كما سبق القول . وتناولت المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً ، وهي واقعة الإرث ، فأخضعها للشهر لما في شهرها من أهمية بالغة ، إذ هي من أكثر الأسباب شيوعاً في نقل الملكية (١) .

(١) الوسيط ٤ فقرة ٢٦١ ص ٤٥٩ وفقرة ٢٦٣ ص ٤٦٤ - وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقاري في هذا الصدد : « ولعل نص هذه المادة والمادة التي تليها أهم ما أتى به المشروع المرافق من أحكام جديدة في صدد المحررات الواجب شهرها . ولم يكن بد من اتخاذ هذه الخطوة بالنص على شهر المحررات المشار إليها في هاتين المادتين ، تمهيداً وتيسيراً لوضع نظام السجلات العميلة ، إذ لوحظ في شأن هذه المحررات أن عدم خضوعها للشهر في الماضي كان سبباً من أهم أسباب عدم استقرار الملكية العقارية في البلاد » .

فحق الإرث إذن لا تخضع للشهر إلا بموجب قانون تنظيم الشهر العقاري . منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ وهو تاريخ العمل بهذا القانون . وعلى ذلك فحقوق الإرث التي نشأت قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ . بموت المورث قبل قبل هذا التاريخ . لا تخضع للشهر وتنتقل فيها الملكية للورثة ، ويستطيع هؤلاء أن يتصرفوا في العقارات التي ورثوها وتشهر تصرفاتهم دون حاجة إلى شهر حق الإرث . على أن قانون تنظيم الشهر العقاري نص في المادة ٥٣ منه على أن « تطبق المواد ٤٨ وما يليها على حقوق الإرث التي تنشأ ابتداء من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون . أما حقوق الإرث السابقة على هذا التاريخ ، فلا تطبق في شأنها المواد المذكورة إلا اختياراً » (١) . فالقانون إذن أباح لمن تلقى حق الملكية بطريق الميراث قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ أن يقوم بشهر حق الإرث إذا أراد ذلك ، فالشهر ليس إجبارياً بالنسبة إليه وإن كانت له مصلحة عملية كبيرة في القيام به (٢) .

(١) وقد نص المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق صراحة على كل ذلك في الفقرة الأولى من المادة ١١ منه إذ تقول : « يجب شهر حق الإرث إذا كانت الوفاة لاحقة على ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٦ ، بتسجيل إشارات الورثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من المستندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة التي يجب أن تتضمن نصيب كل وارث إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية . وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من وارث في حق من هذه الحقوق . وإذا كانت الوفاة سابقة على أول يناير سنة ١٩٤٧ ، فيكون شهر حق الإرث اختيارياً » .

(٢) ويقول الدكتور محمود شوقي توضيحاً لذلك : « لا شك أن للورثة مصلحة كبيرة في الالتجاء إلى شهر حق الإرث المتعلق بهم ، سواء أكانت التركة قد آلت إليهم قبل أم بعد تنفيذ قانون الشهر العقاري . وذلك لأن شهر هذا الحق يقتضي من جانب مكاتب الشهر ومأمورياتها فحص أساس الملكية من الناحيتين القانونية والهندسية ، وتسليم ذوى الشأن عقب إجراء الشهر مستندات كفيلة ببيان حقيقة حقوقهم وصحة حدود ومساحات العقارات التي آلت إليهم ، مما ييسر عليهم الوقوف على بيان المقادير المضبوطة لهذه العقارات وإجراء أى تصرف لاحق دون حاجة إلى فحص جديد . ويزيد من أهمية هذا الإجراء أن مأموريات الشهر العقاري وأعلامها الهندسية تقوم بضبط ملكية العقارات وحقيقة مسطحها وبيان موقعها على الطبيعة وفي الخرائط وتحديداتها تحديداً لا يقبل الشك بوضع حدائد عليها عند الاقتضاء . مما يجعل الورثة على بينة من كافة عقارات التركة ويغنيهم عن القيام بهذه البحوث على حسابهم الخاص ، فيحقق لهم بذلك =

٦٩ - كيف يتم شهر من الميراث طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقاري :

تنص المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري على ما يأتي : « يجب شهر حق الإرث بتسجيل إشارات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية ، وذلك بدون رسم ، وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق . ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة . وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الوراثة (١) » .

ويتبين من هذا النص أن انتقال ملكية أموال التركة إلى الوراثة لا يتوقف على شهر حق الإرث كما يتوقف انتقال ملكية العقار المبيع إلى المشتري على

= توفير كثير من الجهد والمال ، بينما يتحقق غرض المشرع فى ضبط جميع تطورات الملكية توطئة لتنفيذ نظام السجل العيني . وتظهر قيمة إجراء شهر حق الإرث إذا ما علمنا أن المورث قلما يطلع الوراثة على حقيقة أملاكه العقارية أو يشركهم فى أعماله ليعلموا مدى حقوقهم ومقاديرها الصحيحة . فإذا ما التجأ الوراثة إلى إجراء شهر حق الإرث ، وجدوا فى الهيئة القائمة على أمر الشهر خبر عون لهم على ضبط حقيقة ملكيتهم العقارية » (محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعمليات ص ٤٠٢ - ص ٤٠٣) .

وإذا ثبت حق الإرث لوارث قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ ، وقام اختياراً بشهر هذا الحق ، فإنه يصعب القول بأن دائن التركة ، حتى يحتفظ بحق التبع وحق التقدم ، يتعين عليه أن يوثق بحقه على هامش تسجيل حق الإرث . فدائن التركة التى فتحت قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ كان له حق التبع وحق التقدم ، دون إجراء أى شهر للدين الذى له طبقاً للأحكام التى كان معمولاً بها قبل قانون الشهر العقارى . فمن حقه أن يطمئن إلى هذا المركز الذى كسبه ، ولا يلزمه أن يتكلف البحث فى مكاتب الشهر المختلفة التى توجد فيها عقارات التركة ليرى هل شهر الوارث حق إرثه ليؤثر هو بحقه ، مادامت تركة مورثه قد فتحت قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ (أنظر عكس ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٨٤) .

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (م ١١/٢ من المشروع) ، فيما عدا الإيضاح الوارد فى الفقرة الأولى من المادة ١١ من المشروع وقد سبق بيانه (أنظر آنفاً ص ١٩٥ هامش ١) .

وتنص المادة ٢٢٩ من قانون الملكية العقارية اللبثاني على ما يأتي : « يكتسب الوارث بطريق الوراثة العقارات الواقعة على التركة ، غير أنه لا يمكنه التصرف فيها تجاه الغير إلا بعد تسجيلها فى السجل العقارى » .

شهر عقد البيع ، بل إن أموال التركة تنتقل ملكيتها إلى الورثة بمجرد وفاة المورث كما سبق القول . ولكن الوارث إذا تصرف في عقارات التركة قبل شهر حق الإرث ، لا يجوز شهر تصرفه هذا كما سئرى .

ويجوز أن يقوم بشهر حق الإرث كل ذى شأن . وأول ذوى الشأن فى هذا هم الورثة ، فيجوز لأى وارث ، أو لمن يقوم مقام الوارث كالوكيل والولى والوصى والقيم ، أن يقوم بهذا الشهر . ويعتبر ذا شأن ، فيجوز له أن يقوم بالشهر ، دائن التركة والموصى له ومن تصرف له الوارث ومصنفى التركة . أما الدائن فيشهر حق الإرث حتى يتمكن من أن يؤشر على هامش التسجيل بحقه ، فيكون له حق التبع وحق التقدم فى عقارات التركة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم . وأما الموصى له فيستطيع أيضاً أن يقوم بشهر حق الإرث إذا كان دائناً للتركة ، وشأنه فى ذلك هو شأن الدائن (١) . وأما من تصرف له الوارث فانه لما كان لا يستطيع شهر التصرف الصادر له من الوارث إلا بعد شهر حق الإرث ، لذلك تكون له مصلحة فى شهر هذا هذا الحق وله أن يقوم به . ولمصنفى التركة أن يقوم بشهر حق الإرث لأنه ينوب عن الورثة ، وهو بشهره حق الإرث يحمل الدائنين العاديين للتركة على أن يؤشروا بحقوقهم على هامش التسجيل ، فيكون هذا الشهر هو إحدى الوسائل للكشف عن هؤلاء الدائنين .

والمحرر الذى يسجل هو السند المثبت لحق الإرث . ويعتبر سنداً مثبتاً لحق الإرث إعلام الوراثة ، والحكم النهائى الصادر بثبوت هذا الحق فيما إذا قام نزاع بين الورثة واستصدر كلهم أو بعضهم حكماً نهائياً بثبوت حقهم فى الإرث ، وشهادة الإرث التى تعطى المحكمة للوارث فيما إذا خضعت التركة للتصفية الجماعية على النحو الذى سبق بيانه . وإذا اشتملت التركة على عقارات ، وجب أيضاً أن يسجل ، إلى جانب السند المثبت لحق الإرث قوائم جرد التركة بما تشتمل عليه من بيانات عن هذه العقارات .

(١) والموصى له بسهم شائع فى التركة ، كربع التركة أوثلثها ، يجوز له أيضاً شهر حق الإرث ويشهر فى الوقت ذاته الوصية الصادرة له بالسهم الشائع . ويجوز أن يشهر حق الإرث الموصى له بنصيب وارث معين أو بنصيب وارث غير معين (م ٤٠ - ٤٢ من قانون الوصية) . أنظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٦٦ .

ولا يدفع رسم عن شهر حق الإرث ، وذلك حثا للورثة على القيام بهذا الشهر^(١) . على أن ذلك لا يعنى طالب شهر حق الإرث من دفع الرسوم الفرعية وهى رسوم التصوير ورسوم الحفظ^(٢) ، لأن كلا من التصوير والحفظ تقوم به الهيئة التى تباشر عمليات الشهر لمصلحة الورثة أنفسهم فهى فى مقابل خدمات أدت لهم . وهى بعد رسوم ضئيلة لإرهاق فيها .

وجزاء عدم شهر حق الإرث ليس هو عدم انتقال ملكية العقارات إلى الورثة . وإلا بقيت هذه العقارات دون مالك فى الفترة ما بين موت المورث وشهر حق الإرث . فلكية عقارات التركة إلى الورثة . كما تنتقل ملكية منقولاتها ، بمجرد وفاة المورث كما قدمنا . ولكن إذا تصرف الوارث فى عقار للتركة قبل شهر حق الإرث . كأن باعه أو رهنه أو أجرى القسمة فيه . فإن تصرفه هذا لا يجوز شهره . ويجب على الهيئة التى تقوم على أعمال الشهر أن تمتنع عن شهر هذا التصرف حتى يتم شهر حق الإرث . والجزاء على هذا النحو غير كاف . فكثير من الورثة يتلقون عقارات التركة ويتملكونها بمجرد وفاة مورثهم . ولا يعينهم بعد ذلك أن يشهروا حق الإرث ما داموا يستبقون هذه العقارات فى أيديهم ولا يتصرفون فيها .

ولما كان الشهر يتم فى مكاتب الشهر التى تقع فى دوائرها عقارات التركة . فمن الجائز أن يتم هذا الشهر بالنسبة إلى عقار واحد أو بعض عقارات التركة دون باقى العقارات فى مكتب الشهر الذى يقع فى دائرته هذا العقار أو هذه العقارات . وتقول الفقرة الأخيرة من المادة ١٣ من قانون الشهر

(١) أما المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق . فقد نصت الفقرتان الأخيرتان (٣ ، ٤) من المادة ١١ منه على ما يأتى : « ويكون شهر حق الإرث فى خلال خمس سوات من تاريخ وفاة المورث بدون رسم . أما بعد ذلك فلا يقبل الشهر إلا بعد أداء الرسم المقرر على نقل الملكية أو الحق العيى . وتبدأ مدة الخمس سوات بالنسبة لحقوق الأثر القائمة من تاريخ العمل بهذا القانون » .

وهذا النص فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق يتماشى مع نص المادة ٣٠ من قانون السجل العيى (أنظر ما يلى فقرة ٧١) .

(٢) ومنعاً للبس صدر القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٤٨ يضيف فقرة أخيرة إلى المادة الثانية من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٤٤ بشأن رسوم التسجيل ورسوم الحفظ ، وهذا نصها : « كما تحصل رسوم الحفظ ورسوم التصوير على المحررات المتعلقة بشهر حق الإرث » .

العقارى ، كما رأينا ، فى هذا الصدد : « ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة . وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة » . فلو أن التركة لها ورثة ثلاثة لكل منهم الثلث ، وقصر شهر حق الإرث على العقار أو العقارات الواقعة فى دائرة اختصاص أحد مكاتب الشهر دون العقارات الأخرى . وأراد أحد الورثة أن يتصرف فى هذا العقار أو العقارات . اعتبر العقارات التى تم الشهر فى شأنها وحدة يبنى على أساسها تصرف الوارث . ولما كان الوارث لا يملك فى التركة إلا الثلث . فهو لا يستطيع أن يتصرف إلا فى حدود هذا الثلث . على اعتبار أن العقارات التى تم فى شأنها الشهر هى كل التركة . وذلك حتى لو ثبت أن هذه العقارات لا تتجاوز ثلث التركة . وأن التركة لو قسمت بين الورثة لصح أن تقع كل العقارات التى تصرف فيها الوارث فى نصيبه .

٧٠ - إجراءات شهر من الإرث طبقا لقانونه تنظيم الشهر العقارى :
تبين المواد ٤٨ - ٥٢ من قانون تنظيم الشهر العقارى الإجراءات الواجب اتباعها فى شهر حق الإرث . وتتلخص هذه الإجراءات فيما يأتى :

أولاً - طلب شهر من الإرث : يقع هذا الطلب الوارث طالب الشهر (وفى حالة تعدد الورثة يكتفى توقيع أحدهم عن جميع التركة أو عن جزء منها) ، أو من يقوم مقامه من وكيل أو ولى أو وصى أو قيم ، أو أى ذى شأن . كدائن التركة . أو الموصى له . أو من تلقى حقا عينيا عقاريا من الوارث كالمشتري أو الدائن المرتهن ، أو مصنئ التركة . ويشتمل الطلب على بيانات خاصة بالمورث وهى اسمه ولقبه واسم أبيه وجده لأبيه وصناعته وديانته وجنسيته ^(١) ومحل إقامته وتاريخ ومحل وفاته ^(٢) .

(١) وذلك حتى يمكن ، إذا ما ذكرت الديانة والجنسية ، معرفة الجهة المختصة بالفصل فى مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالمورث ومنها تركته ، وكذلك يمكن الوقوف على القانون الواجب التطبيق فى تعيين الورثة وأنصباهم .

(٢) وذلك لتحديد مكان افتتاح التركة وتعيين القانون الواجب التطبيق إذا ما توفى مصرى فى بلد أجنبى ، أو أجنبى فى مصر ، أو أجنبى فى بلدة أو فى بلد آخر ، وكان المتوفى يملك عقارات فى مصر تخضع لقانون الشهر العقارى .

وبيانات خاصة بالورثة وهى أسماؤهم والقابهم وسنهم وجنسياتهم ومحال إقامتهم وأسماء آبائهم وأجدادهم لأبائهم ، وبيانات خاصة بالعقار أو العقارات التى تشمل عليها التركة وذلك بوصفها وصفا دقيقا وتعيين حدودها ومسطحاتها مع ذكر البيانات الخاصة بما على العقار من حقوق عينية كحق ارتفاق أو حق رهن والبيانات الخاصة بالتكليف وبأصل ملكية المورث ، وبيانات خاصة برسم الأيلولة بأن يذكر المبلغ المستحق لمصلحة الضرائب وما دفع منه وما بقى فى ذمة الورثة . ويقدم الطلب إلى مأمورية الشهر التى تقع العقارات فى دائرتها ، فإذا كانت عقارات التركة تقع فى دائرة اختصاص أكثر من مأمورية قدم طلب مستقل لكل مأمورية عن العقار أو العقارات الواقعة فى دائرة اختصاصها . ويخضع طلب شهر حق الإرث للشروط التى تخضع لها طلبات الشهر بوجه عام ، من حيث التقديم والمدة والأسبقية بالنسبة إلى ما عداه من الطلبات .

ثانياً - المستندات التى ترفق بطلب شهر حق الإرث : ويجب أن يرفق بطلب شهر حق الإرث المستندات المؤيدة لما جاء فيه ، وهذه المستندات هى : (١) إعلام الوراثة أو الحكم النهائى الصادر بثبوت حق الإرث أو أى سند آخر مثبت لحق الإرث كسند الإرث الذى تسلمه المحكمة للوارث عقب انتهاء التصفية الجماعية للتركة . (٢) ما يثبت صفة من يقوم مقام الطالب إن كان يقوم مقامه أحد ، كقرار الوصاية أو القوامة وكالتوكيل . وإذا وكل الوارث شخصا فى إجراء شهر حق الإرث ، وجب أن تكون الوكالة وكالة خاصة ، لأن شهر حق الإرث يمكن الوارث من التصرف فى عقارات التركة فيلحق بأعمال التصرف ، والتوكيل فى أعمال التصرف يجب أن يكون توكيلا خاصا . وإذا وكل الوارث غيره فى بيع نصيبه فى التركة ، كان التوكيل الخاص فى البيع توكيلا ضمنيا فى شهر حق الإرث ، لأن الوكيل لا يتمكن من البيع إلا إذا أجرى هذا الشهر ، فشهر حق الإرث إجراء من إجراءات البيع (١) . (٣) كشوف رسمية

(١) أنظر محمود شوق فى الشهر العقارى علماً وعملا ص ٤١١ .

عن عقارات المورث مستخرجه من دفاتر التكاليف وعوائد المباني ، وذلك للثبوت من أن العقارات المبينة في الطلب ، سواء كانت أرضاً زراعية أو مباني ، هي بذاتها التي كان المورث يملكها حال حياته وظلت على ملكه إلى يوم وفاته ، لإمكان مطابقتها على مستندات ملكيته . (٤) مستندات ملكية المورث ، لأن شهر حق الإرث يتوقف على مدى صلاحية هذه المستندات لإثبات ملكية المورث . ومستندات الملكية هي نفس ما أوجب المشرع تقديمه عند بحث طلب الشهر بوجه عام (م ٢٢ سادساً من قانون الشهر العقاري) ، وقد حددت المادة ٢٣ من قانون الشهر العقاري على سبيل الحصر المحررات التي تقبل مستندات للملكية في الشهر بوجه عام . فاذا تعذر على طالب شهر حق الإرث تقديم هذه المحررات لأنه قد يكون دائناً للتركة أو موصى له أو وارثاً لا يتمكن من الحصول على هذه المحررات ، جاز الإكتفاء بكشوف رسمية من دفاتر التكاليف ابتداء من سنة ١٩٢٣ لغاية تاريخ الوفاة . وقد أجاز المشرع على هذا النحو إثبات ملكية المورث لعقارات التركة ، إذا كان سند ملكيته لها هو وضع اليد عليها ابتداء من سنة ١٩٢٣ لغاية تاريخ الوفاة . وليس هذا مبنياً على التقادم المكسب للملكية (١) ، بل هو مبني على أن القانون يفترض أن المورث تلقى حق الملكية قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ بعقد غير مسجل وفي وقت كانت الملكية فيه تنتقل بمجرد التراضي ، ولا يستطيع طالب الشهر تقديم هذا العقد غير المسجل فاكتفى القانون في إثباته بإثبات أن العقارات كانت مكلفة باسم المورث قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ واستمرت كذلك إلى تاريخ الوفاة ، أي أن المورث كان واضعاً اليد عليها طوال هذه المدة (٢) .

(١) يدل على ذلك أن مدة وضع يد المورث على عقارات التركة من سنة ١٩٢٣ إلى تاريخ الوفاة قد تكون في بعض الفروض أكثر من خمس عشرة سنة ، وفي فروض أخرى أقل . فاذا كان تاريخ وفاة المورث هو سنة ١٩٦٠ ، وجب أن تقدم كشوف التكاليف عن ٣٨ سنة ، أي من سنة ١٩٢٣ إلى سنة ١٩٦٠ . وإذا كان تاريخ الوفاة هو سنة ١٩٣٢ ، وأراد الورثة باختيارهم شهر حق الإرث بعد سنة ١٩٤٧ ، وجب أن يقدموا كشوف التكاليف عن عشر سنوات فقط ، أي من سنة ١٩٢٣ إلى سنة ١٩٣٢ (محمود شوقي في الشهر العقاري علماً وعملًا ص ٤١٣) .

(٢) محمود شوقي في الشهر العقاري علماً وعملًا ص ٤١٣ - ص ٤١٤ .

وإذا كان أصل ملكية المورث هو الميراث ، وجب أن يقرن الطلب بالسند المثبت لهذا الميراث كإعلام شرعى أو حكم . (٥) شهادة من مصلحة الضرائب برسم الأيلولة المستحق وما دفع منه (١) . فقد يحدث أن أحد الورثة هو الذى يقوم بشهر حق الإرث ، ويسدد الضريبة المستحقة عليه بالنسبة إلى نصيبه فى التركة ، فتسلمه مصلحة الضرائب شهادة بذلك . وفى هذه الحالة يشهر حق الإرث ، مع التأشير على الشهر بأنه غير صالح إلا فيما يتعلق بالوارث الذى قدم ما يفيد دفعه للضريبة . فإذا ما أراد وارث آخر أن يتصرف ، مستفيدا فى ذلك من قيام الوارث الأول بشهر حق الإرث ، كلفه المكتب المختص بتقديم ما يفيد دفع باقى الضريبة أو على الأقل دفع الجزء من الضريبة المستحق عليه (٢) .

ثالثاً - عملية الشهر : فإذا تقدم طلب الشهر مع المستندات المشار إليها ، بحيث الطلب وأشر عليه بالقبول للشهر طبقا للإجراءات المتبعة فى بحث طلبات الشهر بوجه عام . وعند ذلك يقوم طالب الشهر بتحرير قائمة مجرد عقارات التركة المطلوب إجراء الشهر عنها . ويقدم للمأمورية المختصة هذه القائمة ومعها صورة طلب الشهر المؤشر عليه بالقبول للشهر والمستندات السابق تقديمها مع الطلب فتوشر المأمورية على قائمة الجرد وعلى السند المثبت لحق الإرث بما يفيد صلاحيتها للشهر ، بعد التثبت من اشتمال قائمة الجرد على جميع البيانات الموضحة فى صورة الطلب المؤشر عليه بالقبول للشهر . فسند الإرث وقائمة الجرد هما اللذان يشهران بعد كتابتهما على الورق الأزرق الخاص ، أما المستندات فترفق على اعتبار أنها مؤيدة للشهر . وتكون جزءا متماله . وإذا تسلم الطالب سند الإرث والقائمة مؤشرا عليها بالصلاحية للشهر ، قدم القائمة إلى مكتب التوثيق للتصديق على توقيعه فيها . ثم يقدم سند الإرث والقائمة المصدق على التوقيع فيها إلى مكتب الشهر المختص لإجراء عملية الشهر النهائى ، طبقا لأحكام المادتين ٣١ و ٣٢ من قانون الشهر العقارى .

(١) وقد نفذ قانون الضريبة على التركات ابتداء من ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٤ ، فإذا كان المورث قد مات قبل هذا التاريخ لم تطلب هذه الشهادة لأن التركة لا تكون خاضعة للضريبة .
(٢) محمود شوق فى الشهر العقارى علماً وعملاً ص ٤١٥ - ص ٤١٦ .

٧١ - شهر حق الإرث في قانونه السجل العيني : وقد قدمنا (١)

أنه صدر بعد قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ قانون قانون السجل العيني رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ . وسرى عند الكلام في العقد كسبب لكسب الملكية أن قانون السجل العيني لا يطبق إلا في الأقسام المساحية التي يصدر بتعيينها قرار من وزير العدل ، وأن قانون تنظيم الشهر العقاري يستمر العمل به في المناطق التي لا يطبق نظام السجل العيني بها . ولما كان لم يصدر إلى اليوم قرار بتعيين أى قسم مساحى يسرى عليه نظام السجل العيني ، فإن قانون تنظيم الشهر العقاري لا يزال هو القانون المعمول به في جميع أنحاء البلاد . وقد بسطنا أحكامه فيما تقدم بالنسبة إلى شهر حق الإرث .

ونورد هنا النص الخاص بشهر حق الإرث في قانون السجل العيني ، فقد نصت المادة ٣٠ من هذا القانون على ما يأتى : « يجب قيد حق الإرث ، إذا اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية ، بقيد السندات المبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة التي يجب أن تتضمن نصيب كل وارث ، وإلى أن يتم هذا القيد لا يجوز للوارث أن يتصرف في حق من هذه الحقوق . ويكون قيد حق الإرث في خلال خمس سنوات من تاريخ وفاة المورث بدون رسم ، أما بعد ذلك فلا يقبل القيد إلا بعد أداء الرسم المفروض على نقل الملكية أو الحق العيني . وتبدأ مدة الخمس السنوات بالنسبة إلى حقوق الإرث القائمة من تاريخ نفاذ القرار المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار » . والقرار المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار هو قرار وزير العدل بتعيين الأقسام المساحية التي يسرى عليها نظام السجل العيني ، ويحدد هذا القرار تاريخ سريانه على أن يكون هذا التاريخ لاحقاً لصدور القرار بمدة ستة أشهر على الأقل . فتبدأ إذن مدة سريان الخمس السنوات المشار إليها في النص ، بالنسبة إلى حقوق الإرث القائمة ، من تاريخ سريان قرار وزير العدل على قسم من الأقسام المساحية يكون فيه المورث قد مات قبل سريان هذا القرار .

ويبدو أنه ، حتى في قانون السجل العيني ، تنتقل ملكية عقارات التركة إلى الوارث بمجرد وفاة المورث ، ولا يتوقف انتقال الملكية على قيد حق الإرث في السجل العيني . ذلك أن المادة ٣٠ من قانون السجل العيني سالفه الذكر تقول : « وإلى أن يتم هذا القيد لا يجوز لوارث أن يتصرف في حق من هذه الحقوق » . فجزاء عدم القيد إذن ليس هو عدم انتقال الحق إلى الوارث ، بل هو عدم جواز تصرف الوارث في هذا الحق بعد أن يكون قد انتقل إليه .

وتنص المادة ٤٦ من قانون السجل العيني على أن « تقدم طلبات القيد إلى مأمورية السجل العيني التي يقع العقار في دائرة اختصاصها ، وفقا للإجراءات والأوضاع المشار إليها باللائحة التنفيذية » . وهذه اللائحة التنفيذية ، يصدر بها قرار من وزير العدل ، وهذا القرار لم يصدر إلى اليوم .

وبمقارنة المادة ٣٠ من قانون السجل العيني سالفه الذكر بالمادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري المتعلقة بشهر حق الإرث والتي سبق ذكرها ، يتبين أن نظام شهر حق الإرث في قانون السجل العيني يقرب كثيرا من نظام شهر هذا الحق في قانون تنظيم الشهر العقاري ، وقد بحثنا تفصيلا هذا النظام الأخير . وأهم الفروق ما بين النظامين هو ما يأتي :

(١) جعل قانون الشهر العقاري جزاء عدم تسجيل حق الإرث هو عدم جواز شهر أى تصرف يصدر من الوارث في عقارات التركة ، فتصرف الوارث يكون إذن جائزا والذي لا يجوز هو شهر هذا التصرف . أما قانون السجل العيني فيجعل الجزاء هو عدم جواز التصرف في عقارات التركة ، فغير الجائر إذن هو التصرف ذاته لا مجرد شهر التصرف ، وهذا جزاء أشد . (٢) ينص قانون الشهر العقاري على أن شهر حق الإرث في أى وقت يكون بدون رسم ، في حين أن قانون السجل العيني يجعل فيها حق الإرث بدون رسم إذا تم هذا القيد في خلال خمس سنوات من تاريخ وفاة المورث ، أما بعد ذلك فلا يقبل القيد إلا بعد أداء الرسم المفروض على نقل الملكية أو الحق العيني ، وفي هذا حث للوارث على المبادرة إلى

قيد حق الإرث حتى لا يتراخى القيد إلى ما بعد الخمس السنوات فيضطر إلى دفع الرسم . (٣) أجاز قانون الشهر العقاري قصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة ، وفي هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة ، وقد سبق بيان ذلك (١) . أما قانون السجل العيني فلم ينص على هذه الرخصة ، ويبدو أنه يتطلب أن يقيد الوارث حق الإرث بالنسبة إلى جميع عقارات التركة ، وإلا لم يجوز التصرف في أى عقار منها ، حتى بالنسبة إلى نصيبه في هذا العقار وحتى لو قيد حق الإرث بالنسبة إلى هذا العقار . (٤) التسجيل في قانون الشهر العقاري ليست له حجية مطلقة ، أما القيد في السجل العيني فله هذه الحجة ، وقد نصت المادة ٣٧ من قانون السجل العيني في هذا الصدد على أن « يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ، ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل » .

الفصل الثاني

الوصية

(Testament)

٧٢ - نص قانوني : تنص المادة ٩١٥ مدني على ما يأتي :

« تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها » (٢) .

(١) أنظر آنفاً ص ١٩٨ - ص ١٩٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٤٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والنصوص التشريعية المستمدة منها ، وذلك فيما لم يرد بشأنه أحكام خاصة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٨٦ في المشروع النهائى ، بعد حذف العبارة الأخيرة وهى « وذلك فيما لم يرد بشأنه أحكام خاصة » . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٨٤ . وفى لجنة مجلس الشيوخ استعفى عن عبارة « النصوص التشريعية المستمدة منها » بعبارة « والقوانين الصادرة في شأنها » ، لأن المراد هو التشريعات التى تصدر فى شأن الوصية ، وأصبح رقم المادة ٩١٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٣ - ص ٢٩٥) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن هذا التقنين كان يشتمل على نص (م ٥٥ فترة أولى / ٧٨ فترة أولى) يعرض لأحكام القانون الدولي الخاص في الوصية ، ويقرر أن القانون الواجب التطبيق في هذه المسألة هو قانون الدولة التي ينتمي إليها الموصي بجنسيته ^(١) .

ويقابل النص التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٧٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩١٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٠٨ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٢٨ وم ٢٣١ ^(٢)

(١) التقنين المدني السابق م فترة أولى / ٧٨ فترة أولى : وكذلك تراعى في أهلية الموصي لعمل الوصية وفي صيغتها الأحكام المقررة لذلك في الأحوال المختصة بالملة (قانون الدولة) التابع لها الموصي .

ويتبين من هذا النص أن المعنى المقصود هو أن الوصية تسرى عليها أحكام قانون الدولة التي ينتمي إليها الموصي بجنسيته ، فتكون في صدد قاعدة من قواعد الإسناد تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص لا في نطاق القانون الداخلي . ويكون المقابل لهذا النص هو المادة ١/١٧ من التقنين المدني الجديد وتجري على الوجه الآتي : « يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته » . وقد صدر القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ يعدل نص المادة ٥٥ مدني أهلي بما يجعله واضحاً في هذا المعنى ، وصدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ينص على أن « قانون الوصية وأحكام الشريعة الإسلامية هي قانون البلد فيما يتعلق بالوصايا فتسرى على المسلمين وغير المسلمين » (أنظر آنفاً ص ٧٥ هامش ١ - محمد كامل مرسي ٥ فترة ٧) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٧٦ : ١ - يكسب الموصي له بطريق الوصية المال الموصى به . ٢ - وتجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة ، ولا تنفذ فيما جاوز الثلث إلا بأجازة الورثة . ٣ - لا يمنح الأجنبي حق الاستفادة من الوصية العقارية إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك للسوريين . التقنين المدني الليبي م ٩١٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٠٨ : ١ - يكسب الموصي له بطريق الوصية المال الموصى به . ٢ - وتجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة ، ولا تنفذ فيما جاوز الثلث إلا بأجازة الورثة .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٢٨ : يكتب حق القيد في السجل العقاري بالطرق الآتية : (١) ... (٢) بالهبة بين الأحياء وبالوصية . (٣) ... م ٢٣١ : لا يكون للأجنبي حق بالإرث أو بالوصية في التركة العقارية إلا إذا كانت قوانين بلاده تبادل السوريين واللبنانيين هذا الحق ، وتخضع تركة الأجنبي العقارية بالإرث أو بالوصية لأحكام قوانين بلاده .

ويثبت من النص سالف الذكر أنه يقرر مبدأ عاما جوهريا . هو أن تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها . ويستوى في ذلك وصية المسلم ووصية غير المسلم ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما المشروع فقد أحال على الشريعة الإسلامية كل الأحكام الموضوعية للوصية . وقد أصبحت الشريعة الإسلامية بذلك هى التى تنطبق من حيث الموضوع على وصايا المصريين . مسلمين كانوا أو غير مسلمين (١) » .

ثم تقول المذكرة الإيضاحية أيضا : « وعرض المشروع لمسألتين فى الوصية على جانب كبير من الأهمية : المسألة الأولى التصرف الصادر فى مرض الموت . وقد اعتبر كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية . والمسألة الثانية التصرف الصادر لأحد الورثة من مورث يحتفظ بحياة العين وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته . وقد جعل هذا التصرف تسرى عليه هو أيضا أحكام الوصية (٢) » . والمسألتان المشار إليهما فى المذكرة الإيضاحية يحققان حماية الورثة من الوصايا المستترة .

ثم إن قانون تنظيم الشهر العقارى . ومن بعده قانون السجل العيى . عالج كل منها نقضا خطيرا كان فى قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ . فأصبح الآن واجبا شهر الوصية حتى تنتقل ملكية العقار الموصى به إلى الموصى سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين ذوى الشأن .

ويخلص مما تقدم أن المسائل التى يجب بحثها فى الوصية هى : (١) تطبيق أحكام الشريعة فى الوصية . (٢) حماية الورثة من الوصايا المستترة . (٣) شهر الوصية .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٢ - وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا هو المادة ١٣٤٩ منه يجرى على الوجه الآتى : « وتسرى على الوصية ، من حيث الشكل ومن حيث الجزاء الذى يترتب على مخالفته ، الأحكام الخاصة التى توضع لذلك » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، إذ أن قانون الوصية يشتمل على أحكامها من حيث الشكل ومن حيث الموضوع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٣ فى الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٢ .

للبحث الأول

تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الوصية

٧٣ - قانون الوصية المستمر من الشريعة الإسلامية هو الذى يسرى

على الوصية : كانت المحاكم الشرعية تطبق في الوصية أحكام المذهب الحنفى في أرجح أقواله ، وكانت هذه الأحكام غير مقننة . وقد قنتت في قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، كما قنتت أحكام الميراث في قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، ولنفس الأسباب (١) . وصار هذا القانون هو الذى يسرى على الوصية ، ويستوى في ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين من المصريين . فوصية غير المسلم من المصريين تسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية قبل أن تقن ، ثم قانون الوصية بعد تقنين هذه الأحكام ، وقد استقر القضاء على ذلك حتى قبل صدور قانون الوصية (٢) .

ويشتمل قانون الوصية على بابين : (الباب الأول) في أحكام عامة ، وينتظم فصولاً ثلاثة : الفصل الأول في تعريف الوصية وركنها وشرائطها ، والفصل الثانى في الرجوع عن الوصية ، والفصل الثالث في قبول الوصية

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٣ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٤ - وقد قضت محكمة النقض بأن وصية غير المسلم ، كوصية المسلم ، لاتصح إلا لموجود حقيقة أو حكماً ، ولا تجوز بأكثر من الثلث ، ولا تجوز لو ارث إلا بإجازة باقى الورثة (نقض مدنى ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤ بمجموعة عمر ١ رقم ٢٠٠ ص ٤٥٤) . وقضت أيضاً بأن الموارث عموماً ، ومنها الوصية ، هى وحدة واحدة ، وتسرى الأحكام المتعلقة بها على جميع المصريين ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين ، وفق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة القائمة (نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٣٧ ص ٧٤) .

وقد تدخل المشرع فى الأمر ، بعد صدور هذا الحكم الأخير ، فأصدر فى سنة ١٩٤٤ القانونين رقم ٢٥ ورقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ اللذين سبقت الإشارة إليها (أنظر آنفاً ص ٢٠٦ هامش ١) ، فنص فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ على أن « قانون الوصية وأحكام الشريعة الإسلامية هى قانون البلد فيما يتعلق بالوصايا فتسرى على المسلمين وغير المسلمين » . وعدل بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ المادتين ٥٤ و ٥٥ مدنى وطنى قديم فاستبدل بعبارة « الأحوال الشخصية المختصة بالمللة » عبارة « قانون البلد » .

وردها . (والباب الثاني) في أحكام الوصية ، وينتظم فصولا سبعة :
 الفصل الأول في الموصى له ، والفصل الثاني في الموصى به ، والفصل
 الثالث في الوصية بالمنافع ، والفصل الرابع في الوصية بالمرتبات ، والفصل
 الخامس في أحكام الزيادة في الموصى به ، والفصل السادس في الوصية
 الواجبة ، والفصل السابع في تراحم الوصايا .

ولا نعرض لشرح ما اشتملت عليه هذه الأبواب والفصول من الأحكام ،
 فهي من مباحث الفقه الإسلامي . ولكننا نستعرض هنا في إيجاز تام ، كما
 استعرضنا في الميراث ، الأحكام الرئيسية التي اشتمل عليها قانون الوصية .
 فنعرض للمسائل الآتية : (١) شكل الوصية وشروط صحتها (م ١ - ١٧ من
 قانون الوصية) . (٢) رجوع الموصى عن الوصية (م ١٨ - ١٩ من قانون
 الوصية) . (٣) قبول الموصى له للوصية ورده إياها (م ٢٠ - ٢٥ من قانون
 الوصية) . (٤) الموصى له (م ٢٦ - ٣٦ من قانون الوصية) . (٥) الموصى
 به (م ٣٧ - ٧٥ من قانون الوصية) . (٦) الوصية الواجبة (م ٧٦ - ٧٩
 من قانون الوصية) .

٧٤ - شكل الوصية وشروط صحتها : تنص المادة الأولى من قانون

الوصية على أن « الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت » .
 ونرى من ذلك أن الوصية استثناء من الحكم القاضي ببطلان التعامل في التركة
 المستقبلية ، إذ هي تعامل من الموصى في تركته المستقبلية بإرادته المنفردة ، وقد
 أجازت استثناء بموجب أحكام الشريعة الإسلامية .

وتعرض المادة الثانية من قانون الوصية لصيغة الوصية وشكلها ، فتتضمن
 على أن « تنعقد الوصية بالعبرة أو بالكتابة ، فإذا كان الموصى عاجزا عنهما
 انعقدت الوصية بإشارته المفهمة . ولا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية
 أو الرجوع القولي عنها ، بعد وفاة الموصى ، في الحوادث السابقة على سنة
 ١٩١١ الإفرنجية ، إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على
 صحة الدعوى . وأما الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ الإفرنجية فلا تسمع
 فيها دعوى ما ذكر ، بعد وفاة الموصى ، إلا إذا وجدت أوراق رسمية
 أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر ،

أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصي عليها ،
والذى يعنينا من هذا النص هو شكل الوصية ، وقد جعل القانون الجزاء على
الإخلال به هو عدم سماع الدعوى كما هو المألوف فى أحكام الشريعة الإسلامية .
ويخلص من النص أن الوصية ، منذ سنة ١٩١١ ، يجب أن تتخذ أحد
أشكال ثلاثة : (١) تحرر بها ورقة رسمية . (٢) تحرر بها ورقة عرفية يصدق
فيها على إمضاء الموصى أو ختمه . (٣) تحرر بها ورقة عرفية مكتوبة جميعها
بخط الموصى وموقع عليها بامضائه (١) .

وهناك شروط لصحة الوصية ، بعضها فى الموصى وبعضها فى الموصى له
وبعضها فى الموصى به . فيشترط فى الموصى أن يكون أهلا للتبرع ، على

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد قرر أن مورثة الطاعنين
تتمسك فى دفاعها بأن المحرر إن لم يكن اشهاراً بوقف فهو وصية ، ورد على هذا الدفاع
بأن « المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ تشترط فى الوصية أن يصدر بها
إشهاد رسمى أو يحضر بها عقد عرفى يصدق فيه على إمضاء الموصى بخطه وموقع عليها بامضائه ،
فاذا لم تتم الوصية على هذا الوجه كانت باطلة ، ولم يتحقق شيء من ذلك ، ولم تتقدم المدعية
بما يدل على وجود وصية » ، فان الحكم يكون قد خالف ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من
المادة الثانية من قانون الوصية بقولها : « ... إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة
جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر ، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع
عنها مصدقة على توقيع الموصى عليها » . وقد تحجب بهذه المخالفة عن مواجهة دفاع الطاعنين
من أن المحرر المتنازع عليه مكتوب جميعه بخط المتوفى وعليه إمضاؤه وتحقيقه ، وهو دفاع
جوهرى من شأنه أو صح أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى (نقض مدنى ٢٠ مارس سنة
١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٥٠ ص ٣٢٧) . وقد قضت محكمة النقض أيضاً
بأنه لا يكتفى أن يوقع الموصى على الوصية بختمه وبصمة إبهامه ويضعها فى مظروف مغلق
ويودع المظروف بمكتب التوثيق (نقض مدنى ٢٠ أبريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام
النقض ١٧ رقم ١١٩ ص ٨٧٧) .

وشكل الوصية المنصوص عليه فى القانون مطلوب لجواز سماع الدعوى بالوصية عند الإنكار ،
وليس ركناً فى الوصية ، فلو أقرت الورثة بالوصية أو وجهت إليهم اليمين فنكلوا سمعت
الدعوى وقضى بالوصية . وعلى ذلك لا تكون الوصية تصرفاً شكلياً ، والكتابة المطلوبة ، على
مختلف أنواعها ، ليست إلا لجواز سماع الدعوى لا لانعقاد الوصية ، فهى وحدها الأدلة
التي لا يقبل غيرها فى الإثبات . وقد نصت المادة الثانية من قانون الوصية ، كما رأينا ، على أن
« تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة ، فاذا كان الموصى عاجزاً عنهما انعقدت الوصية بإشارته
المفهمة » .

أنه إذا كان محجوراً عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة جازت وصيته باذن المحكمة . ويشترط فى الموصى له أن يكون معلوماً ، وأن يكون موجوداً عند الوصية إن كان معيناً ، فإن لم يكن معيناً كالوصية لأولاد فلان فلا يشترط أن يكون موجوداً عند الوصية ولا وقت موت الموصى (١) . وتصح الوصية مع اختلاف الدين والملة ، وتصح مع اختلاف الدارين ما لم يكن الموصى تابعاً لبلد إسلامي والموصى له غير مسلم تابع لبلد غير إسلامي تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصى . ويشترط فى الموصى به أن يكون ممماً يجرى فيه الإرث أو يصح أن يكون مملاً للتعاقد حال حياة الموصى ، وأن يكون متقوماً عند الموصى إن كان مالا ، وأن يكون موجوداً عند الوصية فى ملك الموصى إن كان معيناً بالذات (٢) . وتصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه . وتكون لازمة بوفاة الموصى ، فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية (٣) . وتبطل الوصية بجنون الموصى جنوناً مطبقاً إذا اتصل بالموت (٤) ، وبموت الموصى له

(١) وتصح الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية وغيرها من جهات البر والمؤسسات العلمية والمصالح العامة ، وتصرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها وغير ذلك من شؤونها ما لم يتعين المصرف بعرف أو دلالة ، وتصح الوصية لله تعالى ولأعمال البر بدون تعيين جهة وتصرف فى وجوه الخير (م ٧ من قانون الوصية) . وتصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلاً ، فإن تعذر وجودها بطلت الوصية (م ٨ من قانون الوصية) .

(٢) وإذا غير الموصى معالم العين الموصى بها أو زاد فى عمارتها شيئاً لا يستقل بنفسه كالمرمة والتجصيص ، كانت العين كلها وصية . وإن كانت الزيادة ممماً يستقل بنفسه كالغراس والبناء ، شارك الورثة الموصى له فى كل انعين بقيمة الزيادة قسمة . وإذا هدم الموصى العين الموصى بها وأعاد بناءها على حالتها الأولى ولومع تغيير معالمها ، كانت العين بحالتها الجديدة وصية . وإن أعاد البناء على وجه آخر ، اشترك الورثة بقيمته مع الموصى له فى جميع العين . وإذا جعل الموصى من بناء العين الموصى بها ومن بناء عين مملوكة له وحدة لا يمكن معها تسليم الموصى به منفرداً ، اشترك الموصى له مع الورثة بقدر قيمة وصيته . أنظر فى كل ذلك المواد ٧١ و ٧٢ و ٧٥ من قانون الوصية .

(٣) م ١٣ من قانون الوصية ، وهذه هى قسمة المورث التى سبق بيانها (أنظر آنفاً فقرة ٦٦ - فقرة ٦٧) .

(٤) فقد كان يمكن الموصى الرجوع عن الوصية لولا إجنون المطبق المتصل ، فمراعاة لحقه أبطلت الوصية (المذكرة الإيضاحية لقانون الوصية) .

قبل موت الموصي ، وبهلاك الموصي به إذا كان معنا وهلك قبل قبول الموصي له . ولا تبطل بالحجر على الموصي للسفه أو الغفلة (١) .

٧٥ - رجوع الموصي عن الوصية : ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها ، صراحة أو دلالة . ويعتبر رجوعاً عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها ، ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصي به (٢) .

ولا يعتبر رجوعاً عن الوصية جمدها (إنكارها) ، ولا إزالة بناء العين الموصي بها ، ولا الفعل الذي يزيل اسم الموصي به أو يغير معظم صفاته ، ولا الفعل الذي يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها ، كل ذلك إلا إذا دلت قرينة على أن الموصي يقصد به الرجوع عن الوصية .

٧٦ - قبول الموصي له للوصية ورده إياها : ولا تلزم الوصية

إلا بقبولها من الموصي له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي ، فإذا كان الموصي له جنيناً أو قاصراً أو محجوراً عليه يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله بعد إذن المحكمة . ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانوناً ، فإن لم يكن لها من يمثلها لزممت الوصية بدون توقف على القبول . وإذا قبل الموصي له بعض الوصية ورد البعض الآخر ، لزممت الوصية فيما قبل وبطلت فيما رد . وإذا قبلها بعض الموصي لهم وردها الباقيون ، لزممت بالنسبة إلى من قبلوا وبطلت بالنسبة إلى من ردوا . وإذا قبل الموصي له الوصية على النحو المتقدم ، استحق الموصي به من وقت الموت (٣) ، ما لم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق في وقت معين بعد

(١) ويمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصي أو المورث عمداً ، سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصي وتنفيذه ، وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة ، ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي (م ١٧ من قانون الوصية) .

(٢) ويعتبر تصرف الموصي في الموصي به رجوعاً عن الوصية ، حتى لو كان هذا التصرف قابلاً للفسخ وفسخ ، أو قابلاً للإبطال وأبطل ، أو كان باطلاً .

(٣) فالوصية إذن إرادة منفردة تصدر من الموصي ، وليست بعقد بين الموصي والموصي له ، وإلا لاستحق الموصي له الموصي به من وقت القبول لا من وقت موت الموصي .

الموت . وتكون زوائد الموصى به بعد وفاة الموصى ، من وقت وفاة الموصى إلى وقت قبول الوصية ، ملكاً للموصى له لأنها نماء ملكه ، ولا تعتبر وصية فلا تدخل في حساب خروج الوصية من الثلث ، وعلى الموصى له نفقة الموصى به في تلك المدة .

وإذا رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها بعد وفاة الموصى ، بطلت الوصية فيما رد ، أما الرد قبل وفاة الموصى فلا يبطل الوصية^(١) . ولا يشترط في القبول ولا في الرد أن يكون فور موت الموصى . ومع ذلك تبطل الوصية إذا ابلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له ، بإعلان رسمي مشتمل على بيان كاف ، عن الوصية وطلب منه قبولها أو ردها . ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوماً كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول . وإذا مات الموصى له قبل قبول الوصية أو ردها ، قام ورثته مقامه في ذلك^(٢) .

٧٧ - الموصى له : تصح الوصية للمعدوم ، وتصح الوصية بالمنافع لطبقتين ، وتصح الوصية لمن لا يحصون كطلبة الجامعة ويختص بها المحتاجون منهم^(٣) . وإذا كانت الوصية لمعينين ، فمن كان غير أهل للوصية منهم عند موت الموصى يعود نصيبه في الوصية إلى التركة . وتصح الوصية للحمل في الحالتين الآتين : (١) إذا أقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية ، وولد الحمل حياً لثلاثة وخمسة وستين يوماً فأقل من وقت الوصية .

(١) وإذا رد الموصى الوصية بعد أن قبلها ، وقبل منه ذلك أحد من الورثة ، انفسخت الوصية ، وإن لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده (م ٢٤ من قانون الوصية) .

(٢) أما عند الحنفية فالذي ينتقل إلى ورثة الموصى له هو الشيء الموصى به ذاته ، لأن الوصية عندهم تتم بالإيجاب مع اليأس من أن يردها الموصى له ، فإذا مات الموصى له قبل أن يقبل أو يرد فقد تحقق اليأس من الرد ، واعتبر الموصى به ملكاً للموصى له ودخل في تركته ، فينتقل مع سائر حقوق التركة إلى الوارث . وأما عند المالكية والشافعية والحنابلة فالذي ينتقل إلى ورثة الموصى له هو حق قبول الوصية ، إذ الوصية عندهم لا تتم إلا بقبولها من الموصى له بعد موت الموصى ، فإذا مات الموصى له قبل أن يقبل الوصية انتقل حق القبول أو الرد إلى ورثته ، وبهذا أخذ قانون الوصية . أنظر في ذلك مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف ص ٦٤ .

(٣) انظر في كل ذلك المواد ٢٦ - ٣٠ من قانون الوصية .

(١) إذا لم يقر الموصي بوجود الحمل ، وولد الحمل حيا لمائتين وسبعين يوما فأقل من وقت الوصية ، ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية إذا ولد الحمل حيا لثلاثمائة وخمسة وستين يوما فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة . وإذا كانت الوصية لحمل من معين ، اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبة الحمل من ذلك المعين . وإذا مات الموصي قبل انفصال الحمل ، أوقفت غلة الموصي به إن كانت له غلة حتى ينفصل الحمل حيا فتكون له ، وإلا كانت لورثة الموصي . وإذا جاءت الحامل ، في وقت واحد أو في وقتين بينها أقل من ستة أشهر ، بولدين حين أو أكثر . كانت الوصية بينهم بالتساوي ، إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك . وإن انفصل أحدهم غير حي ، استحق الحي منهم كل الوصية . وإن مات أحد الأولاد بعد الولادة ، كانت حصته بين ورثته في الوصية بالأعيان ، وتكون لورثة الموصي في الوصية بالمنافع .

٧٨ - الموصى به: وتصح الوصية بالثلث^(١) للوارث^(٢) وغيره ،

(١) ولا يدخل في حساب الثلث المصروفات التي يحكم بها على التركة لمصلحة الموصي له إذا نوزع في صحة الوصية ، ولا فوائد التأخير عن مبلغ الوصية من وقت المطالبة القضائية بهذا المبلغ (نقض مدني ٢١ يونه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٢٤ ص ٨٣٧) .

(٢) ولم تكن الوصية تجوز للوارث إلا بإجازة سائر الورثة . وقد قضى بأنه إذا اشترط الورثة حين توقيعهم بإجازة الوصية على سندها الصادر من المورث لأحدهم أن يبقى السند لدى أمين متفق عليه ، وألا يسلم لمن صدر له إلا برضاؤهم ، فهذه الإجازة تقع باطلة لا قترانها بما يبطل مفعولها ، وهو عدم تمكين الصادر له السند من الانتفاع به إلا بمشيتهم (نقض مدني ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٨ رقم ٣٧) . ثم صدر قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فأجاز الوصية للوارث بالقدر الذي تجوز به لغير الوارث . ومن ثم تنفذ الوصية للوارث في ثلث التركة من غير إجازة سائر الورثة إذ مات الموصي وقت نفاذ قانون الوصية ، حتى لو كانت الوصية قد صدرت قبل ذلك (نقض مدني ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٢٤٤ - ٢١ يونه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٢٣ ص ٨٢٤ - ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣) . أما إذا مات الموصي قبل نفاذ قانون الوصية ، فلا تنفذ الوصية للوارث من غير إجازة سائر الورثة (نقض مدني ٢٠ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٩ رقم ٤٣ ، ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٣ رقم ١ - ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٤ - ٢٢ مايو سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٣ رقم ٢ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٨ رقم ٣٤) .

وتنفذ من غير إجازة الورثة^(١) . وتصح بما زاد على الثلث : ولا تنفذ في الزيادة^(٢) إلا إذا أجازها الورثة بعد موت الموصى وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه^(٣) . وتنفذ وصية من لادين عليه ولا وارث له

(١) انظر في أن الموصى ، حتى في حدود ثلث التركة ، بتقيد بعدم التعسف في استعمال حق الإيصاء : حسن كيرة ص ٢١ - ص ٢٢ .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص هو المادة ١٣٥٢ منه وتجرى على الوجه الآتى : « إذا جاوزت الوصية في العقار القدر الذى يجوز الإيصاء به ، فإن إبطال الوصية فيما زاد على هذا القدر لا يضر بحقوق الغير إذا كسب بحسن نية حقاً عينياً على هذا العقار » . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص : « لما كان من الواجب حماية الغير حسن النية الذى يكسب حقاً عينياً على ما يجاوز القدر الذى يجوز الإيصاء به ، كما إذا صدرت وصية بنصف التركة ، ورتب الموصى له رهناً على كل الموصى به ، ولم تجز الورثة الوصية فأنقصت إلى الثلث ، فإن سدس التركة يرجع إلى الورثة محملاً بالرهن وهم يرجعون على الموصى له ويلاحظ أن إنقاص الوصية إلى القدر الجائز لا يعتبر إبطالا أو فسخاً ، بل هو عدم نفاذ في حق الورثة . فوجب إذن أن يكون هناك نص خاص لحماية الغير حسن النية في هذه الحالة ، إذ هي لا تدخل في حالات الإبطال أو الفسخ التى وردت فيها نصوص أخرى » . وقد وافقت لجنة المراجعة على هذا النص ، ولكن مجلس النواب حذفه اكتفاء بالمادة ١٠٣٤ مدنى (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٩٩ - ص ٣٠٠ في الهامش) . أما المادة ١٠٣٤ مدنى الذى أريد الاكتفاء بها فتنص على أنه « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى نقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذى أبرم فيه الرهن » . وهذا النص . وإن كان يشمل كل أسباب زوال الملكية إذ يقول « أو زواله لأى سبب آخر » ، فيدخل عدم نفاذ الوصية في حق الورثة ، إلا أنه مقصور على حماية الدائن المرتهن دون غيره ممن كسب حقاً عينياً آخر على العقار . والنص الشامل في هذا الصدد هو ما جاء في قانون تنظيم الشهر العقارى (م ١٥ - ١٧) ، إذ يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذى يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً ، فتدخل إذن دعوى عدم نفاذ الوصية في حق الورثة . ويترتب على هذا التأشير أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من رتب لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ التأشير ، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير . أنظر أيضاً المادة ٤٧٨ مدنى وهى خاصة ببيع المريض مرض الموت ، وتقضى بأنه لا تسرى أحكام هذا البيع (وهى في جملتها أحكام الوصية) إضراراً بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على العين المبيعة .

(٣) ولا تصح الإجازة حال حياة الموصى ، ولا يعتد بها إلا إذا صدرت بعد موته تطبيقاً للشريعة الإسلامية (استئناف مصر ١١ يناير سنة ١٩٣٨ الخاتمة ١٨ رقم ٢٥٠ ص ٤٧٤) . وإذا زادت الوصايا على ثلث التركة وأجازها الورثة وكانت التركة لا تقبى بالوصايا ، أو لم يجزوها وكان الثلث لا يقبى بها ، قسمت التركة أو الثلث بحسب الأحوال بين الوصايا بالخاصة ، وذلك مع مراعاة ألا يستوفى الموصى له بعين نصيبه إلا من هذه العين (م ٨٠ من قانون الوصية) .

بكل ماله أو بعضه ، من غير توقف على إجازة الخزانة العامة لأنها لا تعتبر وارثاً . وتصح وصية المدين المستغرق ماله بالدين ، ولا تنفذ إلا ببراءة ذمته منه وذلك في ثلث التركة ، فان برئت ذمته من بعضه أو كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية في ثلث الباقي بعد وفاء الدين . وإذا كان الدين غير مستغرق واستوفى كله أو بعضه من الموصى به ، كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين الذي استوفى في ثلث الباقي من التركة بعد وفاء الدين (١) .

وتصح الوصية بسهم شائع في التركة ، كربع التركة أو ثلثها (٢) ،

(١) انظر آنفاً ص ١٧٥ هامش ١ - وفي حساب خروج الوصية من الثلث لا يدخل نماء الموصى به الحادث بعد موت الموصى ، فهذا النماء ملك خالص للموصى له كما قدمنا (انظر آنفاً فقرة ٧٦) . ويملك الموصى له النماء بمجرد موت الموصى ، حتى قبل تسجيل الوصية حين يكون الموصى به لا يزال ملكاً للورثة ، إذ الوصية غير المسجلة ترتب التزاماً في ذمة الورثة بتسليم العقار الموصى به بمجرد موت الموصى ، ومقتضى هذا الالتزام أن يكون للموصى له ثمار الموصى به وعليه نفقته من وقت موت الموصى . والوصية غير المسجلة في ذلك كالبيع غير المسجل ، نفي البيع يكون « للمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً » (م ٤٥٨ / ٢ مدني) . انظر في ذلك إسماعيل غانم ص ١٤٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٣٠ ص ٧٩٤ - حسن كيرة ص ١٧ - ص ١٨ و ص ١٩ - ص ٢٠ .

ومن رأينا أن تسجيل الوصية ، كتسجيل البيع ، له أثر رجعي في العلاقة ما بين الموصى له والورثة . وبهذا الأثر الرجعي نعلل أن يكون نماء الموصى به للموصى له من وقت موت الموصى حتى قبل تسجيل الوصية ، إذ بتسجيل الوصية تنتقل الملكية إلى الموصى له ويستند انتقالها إلى موت الموصى لا إلى وقت التسجيل ، وذلك فقط في العلاقة فيما بين الموصى له والورثة كما قدمنا . أما بالنسبة إلى الغير ، فلا شك في أن تسجيل الوصية لا ينقل ملكية الموصى به إلا من وقت التسجيل . انظر ما قدمناه في هذه المسألة في عقد البيع الوسيط ٤ فقرة ٢٨٣ - فقرة ٢٨٦ .

(٢) ويلاحظ أن الموصى له بسهم شائع في التركة لا يستحق هذا السهم إلا بعد سداد ديون التركة ، فيكون مسئولاً عن هذه الديون بنسبة سهمه الشائع . وتنص المادة ٤٤ من قانون الوصية على أنه « إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة ، وكان فيها دين أو مال غائب ، استحق الموصى له سهمه في الحاضر منها ، وكلما حضر شيء استحق سهمه فيه » . وانظر أيضاً المادة ٤٥ من قانون الوصية .

وذلك في حدود الثلث على ما سبق القول . ويعتبر الموصى له في هذه الحالة خلفاً عاماً للموصى ، شأنه في ذلك شأن الورثة (١) .

وتصح الوصية بمنفعة العين ، فإذا كانت العين الموصى بمنفعتها تحمل الانتفاع أو الاستغلال على وجه غير الذي أوصى به . جاز للموصى له أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذي يراه ، بشرط عدم الإضرار بالعين الموصى بمنفعتها . وإذا كانت الوصية لمعين بالمنفعة ولآخر بالرقبة ، فإن ما يفرض على العين من الضرائب وما يلزم لاستيفاء منفعتها يكون على الموصى له بالمنفعة . وإذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مؤبدة أو لمدة حياته أو مطلقة ، استحق الموصى له المنفعة مدة حياته في جميع هذه الأحوال ، وذلك بشرط أن ينشأ استحقاقه للمنفعة في مدى ثلاث وثلاثين سنة من

(١) وتجوز الوصية بمثل نصيب وارث معين ، وتنص المادة ٤٠ من قانون الوصية في هذا الصدد على أنه « إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصى ، استحق الموصى له قدر نصيب هذا الوارث زائداً على الفريضة » . فيزاد سهم هذا الوارث على سهام فريضة التركة ، ويكون نصيبه للموصى له ، والباقي للورثة يقسم بينهم حسب فرائضهم . كذلك تجوز الوصية بنصيب وارث غير معين ، وتنص المادة ٤١ من قانون الوصية في هذا الصدد على أنه « إذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصى أو بمثل نصيبه ، استحق الموصى له نصيب أحدهم زائداً على الفريضة إن كان الورثة متساوين في الميراث ، وقدر نصيب أقلهم ميراثاً زائداً على الفريضة إن كانوا متفاضلين » . وتنص المادة ٤٢ من قانون الوصية على أنه « إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة ونصيب أحد ورثة الموصى أو بمثل نصيبه سواء أعين الموصى الوارث أم لم يعينه ، قدرت حصة الموصى له بنصيب الوارث على اعتبار أنه لا وصية غيرها . ويقسم الثلث بينهما بالمحاصة إذا ضاق عن الوصيتين . وإذا كانت الوصية بقدر محدود من النقود أو بعين من أعيان التركة بدل السهم الشائع ، قدر الموصى به بما يساويه من سهام التركة » . فإذا أوصى بمثل نصيب ابنه لشخص وربع التركة لشخص آخر ، قدرت الوصية بالنصيب بما تساويه من سهام التركة كأنه لا وصية غيرها ، ويقسم الثلث بين الوصيتين إن لم يسعهما ولم تجز الورثة . وعلى ذلك إذا ترك الموصى ابنتين كانت الفريضة سهمين اثنتين ، يزداد عليهما سهم الموصى له كأنه لا وصية لغيره فيكون له الثلث . وتكون الوصيتان ثلثاً وربعاً ، فهما أكثر من ثلث التركة . فإذا لم يجز الابتان الزائد على الثلث ، كان الثلث بين الموصى لهما ، أربعة سهام لصاحب الثلث وثلاثة لصاحب الربع . وإذا كان ، بدل الوصية بالسهم الشائع ، وصية بعين من أعيان التركة أو بدراهم مرسلة ، قدرت العين أو الدراهم بما تساويه من سهام التركة ، وقدرت الوصية بالنصيب كذلك ، وقسم الثلث بين الوصيتين على الوجه السابق .

وفاة الموصى . وإذا كانت الوصية بكل منافع العين أو ببعضها ، وكانت مؤبدة أو مطلقة أو لمدة حياة الموصى له أو لمدة تزيد على عشر سنين ، قدرت الوصية بقيمة العين الموصى بكل منافعها أو ببعضها . فإذا كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر سنين ، قدرت بقيمة المنفعة الموصى بها في هذه المدة . وإذا كانت الوصية بحق من الحقوق ، قدرت بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به وقيمتها بدونه . وتسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها ، وبشراء الموصى له العين التي أوصى له بمنفعتها ، وباسقاط حقه فيها لورثة الموصى يعوض أو بغير عوض ، وباستحقاق العين .

وتصح الوصية بالمرتببات من رأس المال لمدة معينة ، ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة . فإذا زاد ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ولم تجز الورثة الزيادة ، يوقف منه بقدر الثلث ، وتنفذ الوصية فيه وفي غلته إلى أن يستوفى الموصى له قيمة ثلث التركة حين الوفاة ، أو إلى تنهى المدة . أو إلى أن يموت الموصى له . ويجوز لورثة الموصى الاستيلاء على الموقوف لتنفيذ الوصية بالمرتب أو التصرف فيه ، بشرط أن يودعوا في جهة يرضاها الموصى له أو يعينها القاضي جميع المرتببات نقدا ويخصص المبلغ المودع لتنفيذ الوصية . فإذا مات الموصى له قبل نفاذ المبلغ المودع ، رد الباقي لورثة الموصى . ويزول كل حق للموصى له في التركة بالإيداع والتخصيص (١) .

٧٩ - الوصية الواجبة: وإذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات

في حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا في تركته لو كان حيا عند موته . وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث . بشرط أن يكون غير وارث ، وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له ، وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله . وتكون هذه

(١) وإذا تراحت الوصايا بالمرتببات ومات بعض الموصى لهم ، أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لها بالمرتب ، كان نصيبها لورثة الموصى (م ٨٢ من قانون الوصية) .

الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ، ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا . على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره . وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يلدى بهم إلى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتباً ترتيب الطبقات .

وإذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية ، وإن أوصى له بأقل وجب له ما يكمله . وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر ، وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه . ويؤخذ نصيب من لم يوص له ، ويوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب ، من باقى الثلث . فان ضاق عن ذلك ، فمنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية .

والوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا . فاذا لم يوص الميت إلى من وجبت لهم الوصية وأوصى لغيرهم . استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقى ثلث التركة إن وفى . وإلا فمنه ومما أوصى به لغيرهم . وفى هذه الحالة الأخيرة والحالة السابقة عليها . يقسم ما يبقى من الوصية الاختيارية بين مستحقيها بالمخاصة (١) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون الوصية فى صدد الوصية الواجبة ما يأتى : « وضعت : هذه المواد (٧٦ - ٧٩) لتتلافى حالة كثرت منها التكموى ، وهى حالة الأحفاد الذين يموت آباؤهم فى حياة أبيهم أو أمهم أو يموتون معهم ولو حكما كالغرق والهدى والحرق ، فان هؤلاء قلما يرثون بعد موت جدتهم أو جدتهم لوجود من يحجبهم من الميراث ، مع أن آباءهم قد يكونون ممن شاركوا فى بناء الثروة التى تركها الميت ، وقد يكونون فى عياله بقوتهم وأحب شئ إلى نفسه أن يوص لهم بشئ من ماله ولكن المنية عاجلته فلم يفعل شيئاً أو حالت بينه وبين ذلك مؤثرات وقتية - قد تضمنت المادة ٧٦ أنهم إذا كانوا غير وارثين ولم يوص لهم الجدة أو الجدة بمثل نصيب أصلهم ، فان الوصية تجب لهم بإيجاب الله تعالى بمثل هذا النصيب على ألا يزيد على الثلث - وهى تجب لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وهم من لا ينتسبون إلى الميت بأنثى وإن نزلت طبقاتهم والأصل يحجب فرعه دون فرع غيره . ويقسم نصيب كل أصل وهو ابن الميت أو بنته على من يوجد من فروعه قسمة الميراث ، كما لو كان أصولهم الذين ينتسبون بهم إلى الميت ماتوا مرتين - ولا يدخل فى قسمة التركة أولاد الميت الذين ماتوا فى حياته ولم يعقبوا أو أعقبوا من لا يستحق فى الوصية . فلو خلف الميت ابناً وبنتاً وبنتاً وبنتاً بنت ماتت فى حياته وابن ابن مات أبوه وجده فى حياته أيضاً غير مرتبين وكان له ابن مات فى حياته ولم يعقب أو أعقب أولاد بنت ، قسمت التركة =

المبحث الثاني

حماية الورثة من الوصايا المستترة

٨٠ - ماله يحمي فبرهما الوارث من الوصايا المستترة : نص

التقنين المدني على حالتين يحمي فيهما الوارث (١) من الوصايا

بين أولاد الميت الأحياء والأموات الذين لهم من يستحق الوصية . وهنا نصيب الابن والبنت الميتين أكثر من الثلث فيكون لهما الثلث ، يقسم بينهما قسمة الميراث ، للبنت ثلثه يعطى لبنتها بالتساوي ، وثلثاه للابن يعطى لفرعه ولو أن أباه مات قبل جده - والقول بوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين مروي عن جمع عظيم من فقهاء التابعين ومن بعدهم من أئمة الفقه والحديث ، ومن هؤلاء سعيد بن المسيب والحسن البصري وطاؤوس والإمام أحمد وداود الطبري وإسحاق بن راهوية وابن حزم . والأصل في هذا قوله تعالى « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين » . والقول باعطاء من مال المتوفى للأقربين غير الوارثين على أنه وصية وجبت في ماله إذا لم يوص لهم مذهب ابن حزم ، ويؤخذ من أقوال بعض فقهاء التابعين ، ورواية في مذهب الإمام أحمد . وقصر الأقارب غير الوارثين على الأحفاد وبالترتيب المبين في المادة ٧٦ ، وتحديد الواجب لهم بمثل نصيب أبيهم أو أمهم في حدود الثلث مع تقسيمه بينهم قسمة الميراث مبنى على مذهب ابن حزم . . . فالجزء الواجب إخراجه يجوز في مذهب ابن حزم أن يحدده الموصى أو الورثة بمثل نصيب الأب ، كما يجوز تحديده بأقل أو أكثر . كذلك يجوز في مذهبه أن تكون الوصية لبعض الأقربين دون البعض الآخر ، وحينئذ يكون لولي الأمر أن يتدخل ويحدد الأقربين بأولاد الأولاد على الترتيب المذكور في المادة ، ويأمر باعطائهم جزءاً من التركة هو نصيب أصلهم في الميراث لو بقى حياً (م ٧٦) ... فاذا نقصوا أحداً ما وجب له أولم يوصوا له بشيء ، ردوا بأمر ولي الأمر إلى المعروف (م ٧٧) . وتقديم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية يؤخذ بما نقله ابن مفلح عن الإمام أحمد وماروي عن طاؤوس .

(٣) وغنى عن البيان أن القانون ، كما يحمي الوارث من الوصايا المستترة ، يحمي أيضاً الدائن . وللدائن ، كما للوارث ، مصلحة في أن يكشف عن الوصايا المستترة ، بل إن مصلحته في ذلك ترجح مصلحة الوارث . وذلك أنه متى ثبت أن التصرف هو في حقيقة وصية ، فإنه لا يسرى أصلاً في حق الدائن إذ الديون تقدم على الوصايا ، في حين أنه يسرى في حق الوارث فيما لا يجاوز ثلث التركة . ومن أجل ذلك يكون للدائن ما للوارث في كل ما سيجي . من حق للوارث في الطعن في تصرفات المورث بأنها وصايا مستترة .

أما في حياة الموصى ، فلا تحول الوصية ، حتى لو كانت مسجلة ، دون تنفيذ دائن الموصى على العقار الموصى به ، إذ أن هذا العقار لا يزال في ملك الموصى مادام حياً ، ولو بقي مصراً على الوصية ولم يرجع عنها .

المسترة^(١): (الحالة الأولى) التصرفات التي تصدر من المورث في مرض الموت^(٢)، تعتبر تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت وتسرى عليها أحكام الوصية، وبذلك يحمي القانون الورثة من هذه التصرفات إذ يكشف عن حقيقتها ويحيطها بقيود الوصية. (الحالة الثانية) التصرفات التي يحتفظ فيها المورث بحيازة العين وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته. إذ تعتبر تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت، فتحمي الورثة منها بأن تحاط هي أيضاً بقيود الوصية^(٣).

(١) ويعتبر الوارث، في الوصايا المسترة وفي كل تصرف يصدر من المورث وينطوي على اعتداء على حقه في الإرث من الغير يتلق حقه من القانون لا من المورث، ومن ثم لا يعتبر في هذه التصرفات خلفاً للمورث ولا تسرى في حقه. وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأنه وإن كان الوارث يحل محل مورثه بحكم الميراث في الحقوق التي تركته وفي الالتزامات التي عليها، إلا أن القانون قد جعل للوارث حقوقاً خاصة لا يرثها عن مورثه، بل تنشأ بحكم القانون. وهذه الحقوق تجعل الوارث غير ملزم باحترام تصرفات مورثه الضارة بحقوق الوارث هذه التي أثبتتها له الشريعة رغماً من إرادة المورث. ومتى كان الوارث يتلق حقه في الإرث بحكم القانون (الشريعة) وكان له أن يدفع كل اعتداء عن ذلك الحق الشرعي، فلا يصح مع هذا أن يقال بأن الوارث يلزم باحترام تصرفات مورثه الضارة بحقه الشخصي، ولا أن يقال إن الوارث يعتبر خلفاً لمورثه بالنسبة إلى تلك التصرفات التي تمس حقوق الوارث الخاصة (استئناف مصر ١٤ يونيو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٩٨ ص ٤١٦). وانظر أيضاً استئناف مصر ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ١٧٩ ص ٥٧٨.

(٢) أما إذا صدر التصرف في غير مرض الموت، فإنه يكون صحيحاً نافذاً في حق الورثة، ولو تصرف المورث في كل ماله متبرعاً. وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بآلا تنقيذ التصرفات إلا ابتداء من مرض الموت، أما قبل ذلك فالمالك الكامل الأهلية حر التصرف في ملكه، ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو تعديل أنصبتهم، ما لم تكن تصرفاته مشوبة بعيب من العيوب (نقض مدني ٤ يونيو سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ١٨). وانظر أيضاً في هذا المعنى نقض مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ٢٠ - استئناف أسبوط ١٠ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٤٤٥ ص ٨٨٤ - استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٨ - ٢١ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٤١.

(٣) وتكييف وصف العقد بأنه وصية يبق في اختصاص المحكمة التي تنظر في موضوع العقد. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان النزاع غير قائم حول صحة التصرف باعتباره وصية، وإنما كان قائماً حول تعرف نية المتصرف هل هي البيع أو الهبة أو الوصية، فلا شأن بلجهة الأحوال الشخصية به، بل الشأن فيه بلجهة القضاء العادي. فإذا كان من المسلم أن العقد موضوع الدعوى صدر من المورث لصالح المتمسك به، ولكن قام النزاع حول وصف هذا العقد قانوناً، فاستعرضت المحكمة الأوصاف التي يصح انطباقها عليه، ثم استخلصت من ظروف الدعوى وأدلتها أنه وصية، فإنها لا تكون قد خرجت في ذلك عن حدود اختصاصها (نقض مدني ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٣٧ رقم ٢٤).

٨١ - الحارة الأولى - التصرفات التي تصدر من المورث في

مرضه الموت - نص قانوني : تنص المادة ٩١٦ مدني على ما يأتي :

« ١ - كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ، ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف » .

« ٢ - وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً » .

« ٣ - وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه » ١١٠ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٠ من المشروع التمهدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٨٧ في مشروع النهائي . تم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٦ - ص ٢٩٨) . ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام التي يقررها النص كان القضاء يأخذ بها .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٧٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٠٩ : ١ - كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت مقصوداً به التبرع أو المحاباة يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت . وتسرى عليه أحكام الوصية أي كانت التسمية التي تعطى له . ٢ - ويعتبر في حكم الوصية إبراء المريض في مرض موته مدينه وارثاً كان أو غير وارث . وكذلك الكفالة في مرض الموت .

م ١١١٠ : ليس لأحد أن يؤدي دين أحد غرمائه في مرض موته ويبطل حقوق باقيهم . ولكن له أن يؤدي ثمن المال الذي اشتراه أو القرض الذي استقرضه حال كونه مريضاً .

م ١١١١ : ١ - إذا أقر شخص في مرض موته بدين لوارث أو لغير وارث ، فإن جاء إقراره على سبيل التملك كان بحكم الوصية ، وإن جاء على سبيل الإخبار أو كان إقراراً بقبض أمانة له أو استهلاك أمانة عده ثبتت بغير إقراره ، نفذ الإقرار في جميع ماله ولولم تجز الورثة ، وتصديق الورثة لإقراره في حياة المورث ملزم لهم . ٢ - ولا يستحق المقر له

فالتصرف الصادر من المورث في مرض الموت ، (١) ، ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبره القانون وصية مستترة . وتسرى عليه أحكام الوصية . وبذلك تحمي الورثة . إذ أن هذا التصرف لا ينفذ في حقهم فيما زاد على ثلث التركة إلا إذا أجازوه (٢) . وهذا هو حكم الوصية كما قدمنا . وحتى تسرى أحكام الوصية يجب ، كما هو ظاهر من النص ، أن يتوافر في التصرف شرطان : (١) أن يكون تصرفاً صادراً في مرض الموت . (٢) وأن يكون مقصوداً به التبرع .

٨٢ - الشرط الأول - التصرف صادر في مرض الموت : سبق ،

عند الكلام في البيع . أن بحثنا البيع الصادر في مرض الموت . ورأينا أن أحكام

= ما أقربه المريض وفقاً لأحكام الفقرة السابقة إلا بعد أن تؤدي ديون الصحة . ويعتبر في حكم ديون الصحة الديون التي ثبتت في ذمة المريض وقت المرض بغير إقراره فتؤدي هي أيضاً مع ديون الصحة قبل الديون التي ثبتت بإقرار المريض في وقت مرضه .

م ١١١٢ : ١ - إذا أقر شخص في مرض موته بأنه استوفى ديناً له في ذمة أحد ، فإن كان الدين قد ثبت في ذمة المدين حانة صحة الدائن نفذ الإقرار في حق غرماء الصحة . أما إذا كان الدين قد ثبت في ذمة المدين حال مرض الدائن ، فلا ينفذ إلا إقرار في حق هؤلاء الغرماء . ٢ - وإذا أقر بأنه كفل حال صحته ديناً لأحد ، نفذ إقراره في جميع ماله ولكن بعد أن توفي ديون الصحة وما في حكمها من الديون .

(والتقنين العراقي يقنن أحكام الشريعة الإسلامية في تصرفات المريض مرض الموت) .
قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(١) أنظر في تحديد معنى مرض الموت والرجوع في ذلك إلى أحكام الفقه الإسلامي مفسرة بقضاء المحاكم : الوسيط ؛ فقرة ١٧٥ - فقرة ١٨٢ .

(٢) ولا يكون ذلك كنه إلا بعد موت المريض ، فقبل موته لا حق للوارث في العطن في التصرف . وقد قضت محكمة النقض بأن حق الوارث في مال مورثه لا يظهر في الوجود ، ولا يكون له أثر ، إلا بعد وفاة المورث . كما أن المرض لا يمكن اعتباره مرض موت إلا إذا انتهى بموت صاحبه ، مما لا يتأدى معه معرفة أن المرض من أمراض الموت إلا بتحقيق هذه النتيجة . ومن ثم فإدام المتصرف كان ما يزال حياً ، فإنه ما كان يقبل من الوارث أية منازعة في العقود المضمونة عليها تقوم على صلورها في مرض موت المتصرف أو على أنها تحق وصايا (نقض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٦٦ ص ٣٩٤) . أما المورث نفسه إذا تصرف وهو يعتقد أنه في مرض الموت ، ثم شق ، فله أن يظعن في التصرف إما بالصورية وبأن حقيقته وصية وقد عدل عب ، أو في القليل بالغلط إذا كان البيع جدياً منجزاً ، وذلك على أساس أنه وقع في غلط في الباعث إذ كان الدافع له على التصرف اعتقاده أنه كان في مرض الموت .

الوصية تسرى عليه . أما هنا فالنص عام ولا يقتصر على البيع ، بل هو يشمل كل تصرف صدر في مرض الموت أيا كانت التسمية التي أعطيت لهذا التصرف . ومن ثم يدخل ، إلى جانب البيع ، الهبة والإقرار والإبراء وغير ذلك من التصرفات . فاذا وهب المورث عيناً ، أو أقربدين عليه^(١) ، أو أبرأ مدينأله ، وصدر التصرف والمورث في مرض الموت ، سرت على هذا التصرف أحكام الوصية . فلا تنفذ الهبة ولا الإقرار بالدين ولا الإبراء من الدين إلا في ثلث التركة ، مالم تجز الورثة ما يجاوز الثلث في كل ذلك . وعبء إثبات أن التصرف قد صدر في مرض الموت يقع على الورثة . ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ويدخل في ذلك البينة والقرائن ، لأنهم إنما يثبتون واقعة مادية^(٢) . فيستطيعون إثبات مرض الموت بتقارير الأطباء وبشهادة الشهود وبالقرائن المستخلصة من ظروف المرض وبغير ذلك من

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار الحاصل في مرض الموت لغير وارث على سبيل التبرع يصح اعتباره في حكم الوصية ، فينفذ في ثلث التركة (نقض مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٧) .

(٢) ومتى أثبت الورثة أن التصرف قد صدر في مرض الموت ، وأصبحوا من الغير في هذا التصرف ، فلا يسرى في حقهم فيما يزيد على ثلث التركة إلا إذا أجازوه . أما إذا كان التصرف صورياً صورية مطلقاً وضمن فيه الورثة بالصورية لا بأنه وصية مستترة ، فإن الورثة لا يعتبرون في هذه الحالة من الغير . وإنما يستمدون حقهم من مورثهم . فلا يجوز لهم إثبات الصورية إلا بما كان يجوز لمورثهم أن يثبتها به من طرق الإثبات . وقد قضت محكمة النقض بأن الوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة إلى التصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر . إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه ، وإن كان ظاهره بيعاً منجزاً ، إلا أنه في حقيقته وصية إضراراً بحقه في الميراث ، أو أنه صدر في مرض موت المورث فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية . لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة . حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها التحايل على قواعد الإرث . أما إذا كان مبنى الطعن في العقد أنه صوري صورية مطلقاً ، فإن حق الوارث في الطعن في التصرف في هذه الحالة إنما يستمد من مورثه وليس من القانون ، ومن ثم لا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات (نقض مدني ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٤ ص ٥٢٥) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٧ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ٢٢ - ٢١ يونيو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ ص ٨٢٤ - ١٣ يناير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧ ص ١٢٣ .

الأدلة (١) . وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٩١٦ مدني سالفة الذكر : « ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً » . والمقصود بالسند هنا هو سند التصرف الصادر من المورث ، فإذا حمل تاريخاً عرفياً من شأنه أن يجعل التصرف صادراً في وقت سابق على مرض الموت . كان هذا التاريخ حجة على الورثة . ولكن لهم أن يثبتوا أن التاريخ قد قدم عمداً وأن التاريخ الحقيقي لصدور السند يقع في وقت كان المورث فيه مريضاً مرض الموت . فقدم التاريخ ليخفى هذه الحقيقة ، ويكون للورثة إثبات ذلك بجميع الطرق وتدخل فيها البينة والقرائن بالرغم من أنهم يثبتون عكس ما هو مكتوب ، لأن تقديم التاريخ على هذا النحو غش والغش يجوز إثباته بجميع الطرق (٢) . ومن هذا نرى أن عبارة النص غير دقيقة ، إذ هي تقول إنه لا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . وقد رأينا أن التاريخ . حتى لو لم يكن ثابتاً ، يحتاج به على الورثة ، وإنما يكون لهم إثبات العكس كما قدمنا . وقد سبق أن استظهرنا عدم دقة النص عند الكلام في التاريخ الثابت في الأوراق العرفية في الجزء الثاني من الوسيط ، فقلنا في هذا الصدد : « فالأصل أن الوارث يحتاج عليه بتاريخ التصرف الصادر من مورثه . ولو لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . ولكن

(١) ومن القرائن على صدور التصرف في مرض الموت أن يكون البيع محرراً بخط المشتري ولم يسجل إلا قبل وفاة البائع بيومين (استئناف وائي أول فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٠٨ ص ٢٩٦) . ومنها تسجيل العقد تسجيل تاريخ قبل الوفاة بمدة قليلة ثم تسجيله بعد الوفاة تسجيل تاماً (استئناف وطني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٠٤ ص ٩٥) . ومنها أن يكون العقد قد حرر قبل الوفاة بأيام قليلة ما لم يكن البائع قد مات فجأة (استئناف وطني ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١١٨ ص ١١٦) . ولا مانع من الطعن في التصرف بأنه صادر في مرض الموت بعد الطعن فيه بالتزوير (محكمة مصر الوطنية ٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ٥٣٩ ص ٩٩٦) . وانظر في إثبات مرض الموت الوسيط ٤ فقرة ١٨٠ .

(٢) نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٦ - ١٢ فبراير سنة ١٩٤١ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٤ ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٧ - ١٥ أبريل سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٣ رقم ٢٨ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٥ - ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٣ رقم ٣٠ .

إذا ادعى أن التصرف قد صدر من مورثه وهو في مرض الموت ، كانت له مصلحة في إثبات عدم صحة التاريخ ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن ، لما ينطوى عليه تقديم تاريخ التصرف من غش أريد به الإخلال بحقه الشخصي في الميراث . إلى هنا ونص التقنين الجديد مستقيم . لكن تأتي بعد ذلك العبارة الأخيرة : ولا يحتج على الورثة بتاريخه إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . وهي عبارة غير صحيحة على إطلاقها . إن أريد بها - كما هو ظاهر العبارة - أن التاريخ العرفي للتصرف الصادر من المورث لا يحتج به على الورثة ، فهذا غير صحيح . وقد رأينا أن هذا التاريخ حجة على الوارث إلى أن يثبت عدم صحته . وإن أريد بها - كما هو التأويل المستخلص من سياق النص - أن التاريخ العرفي لا يحتج به على الوارث إلى الحد الذي يمنعه من إثبات العكس بل يجوز له ما دام التاريخ غير ثابت أن يقيم الدليل على عدم صحته ، فهذا صحيح . ولكن فيم الحاجة إلى إيراد هذا الحكم البديهي فمن المسلم أن كل شخص يكون التاريخ العرفي حجة عليه ، ولو كان هو المتعاقد نفسه ، يستطيع أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ» (١) :

٨٣ - الشرط الثاني التصرف مقصور به التبرع : ويجب أيضاً

أن يكون التصرف الصادر من المورث في مرض الموت قد قصد به التبرع . ذلك أنه من المحتمل . وإن كان هذا نادراً . أن يكون المورث قد تصرف في مرض موته معاوضة لا تبرعاً . وأكثر ما يقع ذلك في عقد البيع . فان كان الثمن لا محاباة فيه فان البيع ينفذ في حق الورثة . وتسرى عليه أحكام البيع لأحكام الوصية . أما إذا كان في الثمن محاباة . فهذه المحاباة وحدها هي التي تسرى عليها أحكام الوصية . وقد نصت المادة ٤٧٧ مدني على أنه : « ١ - إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت البيع . فان البيع يسرى في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها البيع ذاته . ٢ - أما

(١) الوسيط ٢ فقرة ١١٩ ص ٢٠٩ - ص ٢١٢ - وانظر في تفصيل هذه المسألة

نفس المرجع فقرة ١١٩ ص ٢٠٤ - ص ٢١٢ .

إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة ، فإن البيع فيما تجاوز الثلث لا يسرى في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما بقي بتكملة الثلثين .

وعبء إثبات أن التصرف الصادر من المورث في مرض الموت قد قصد به التبرع لا يقع على الورثة كما يقع العبء عليهم في إثبات أن التصرف صدر في مرض الموت ، وإنما يقع هنا على من صدر له التصرف . ذلك أنه متى أثبت الورثة أن التصرف قد صدر في مرض الموت ، فقد أقام القانون قرينة قانونية على أن هذا التصرف إنما قصد به التبرع . فالإنسان لا يتصرف في مرض موته عادة إلا على سبيل التبرع ، ويندر أن يكون في تصرفه والموت ماثل أمام عينيه قد قصد المعاوضة . على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز لمن صدر له التصرف أن يدحضها بأن يثبت أنه دفع عوضاً للمورث . فإذا أثبت ذلك ، وكان في التصرف مع ذلك محاباة له ، فإن هذه المحاباة وحدها هي التي تسرى عليها أحكام الوصية كما سبق القول .

٨٤ - الحالة الثانية - التصرفات التي يحتفظ فيها المورث بحياة

العين وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته - نص قانوني : تنص المادة ٩٢٧ من نص على ما يأتي .

« إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بحياة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ، ما لم يقدّم دليل يخالف ذلك » (١)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٥١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٨٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٩ - ص ٣٠١) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن كثيراً من أحكام القضاء كان يقضى بهذا المعنى على أساس القرينة القضائية .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٧٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

وهنا نرى أن تصرف المورث لم يصدر في مرض موته ، بل صدر وهو في صحته . ولكن المورث لم يطلق التصرف ، بل قيده بأن احتفظ لنفسه بشيئين : حيازة العين وحقه في الانتفاع بها مدى حياته . فإذا باع المورث مثلاً داراً لأحد ورثته ، واحتفظ بحيازته للدار وبحق الانتفاع بها مدى حياته ، اقترب هذا التصرف كثيراً من الوصية . صحيح أن التصرف لم يصدر في مرض الموت ، ولكن احتفاظ المورث بحيازة الدار وبالانتفاع بها طول حياته ، بحيث لا ينتفع الوارث بالدار ، بل ولا يحوزها ، إلا عند موت المورث ، كل هذا من شأنه أن يجعل الوارث في منزلة الموصي له لافي منزلة المشتري . فالموصي له هو أيضاً لا يحوز العين الموصى بها ، ولا ينتفع بها ، إلا عند موت المورث (١) .

وقد كان القضاء ، في عهد التقنين المدني القديم ، يجعل احتفاظ المتصرف بحيازة العين وبالانتفاع بها مدى حياته قرينة قضائية على أن التصرف وصية (٢) ، لاسيما إذا اقترن ذلك باشتراط عدم تصرف المشتري في الرقبة

(١) ومتى تبين أن البيع حقيقته وصية مستترة ، كان منعداً بوصفه بيعاً ، فلا يكون لتسجيله أثر ، ولا يرد عليه التقادم . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن التصرف لم يكن منجزاً وأنه يخفى وصية ، فلا يكون لتسجيل العقد حال حياة البائع أى أثر في تصحيح التصرف أو نقل الملكية ، لأن التسجيل لا يصحح عقداً باطلاً ، كما أنه لا يحول دون الطعن في العقد بأنه يخفى وصية . ولا يسرى على هذا البطلان التقادم المنصوص عليه في المادة ١٤٠ مدني . ولا يقدح في ذلك القول بأن اعتبار البطلان مطلقاً يتناقض مع إمكان إجازة التصرف من الورثة ، ذلك أنه ليس للورثة أن يجيزوا التصرف باعتباره بيعاً ، وإنما لهم أن يجيزوه على الاعتبار الصحيح بوصفه وصية ، وفي هذه الحالة تجرى عليه أحكام الوصية التي يجيزها الورثة (نقض مدني ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠ ص ٤٣) - والأدق أن يقال ، في رأينا ، ألا وجود للبيع أصلاً فهو منعدم ، لا أن البيع باطل بطلاناً مطلقاً . ذلك أن البيع الذي يستر وصية ليس إلا عقداً واحداً هو وصية مستترة تسرى عليها جميع أحكام الوصية ، أما البيع الظاهر فهو صوري لا وجود له .

(٢) ولكن القضاء كان حراً في أن يأخذ بهذه القرينة أولاً يأخذ ، إذ كانت مجرد قرينة قضائية . وقد قضت محكمة النقض بأنه كان من المقرر في ظل القانون الملغى أن الأصل في إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها بأي طريق من طرق الإثبات ، فعبء الإثبات كان على من يطعن في التصرف ، ولم يكن احتفاظ البائع بحقه في الانتفاع بالعين المبيعة مدى حياته سوى مجرد قرينة قضائية يتوصل بها الطاعن إلى إثبات دعواه . والقاضي بعد ذلك حر في أن يأخذ بهذه القرينة أولاً يأخذ ، لأنها كسائر القرائن القضائية تخضع لمطلق تقديره (نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣) .

طول حياة البائع ، وصحب ذلك عدم تسجيل "عقد البيع" (١).

وقد وضع المشروع التمهيدى لنص المادة ٩١٧ مدنى سالفه الذكر فى وقت كانت الوصية للوارث فيه محظورة . وكان الناس يتحايلون على هذا الحظر بستر وصاياهم فى صورة بيع يحتفظون فيها بحيازة العين وبحق الانتفاع بها مدى الحياة . وقد تضاربت أحكام القضاء فى تكييف التصرف على هذا النحو ، هل هو تصرف منجز (بيع أو هبة) أو وصية مستترة (٢) . فحسم المشروع هذا الخلاف بأن قرر أن هذا التصرف يعتبر وصية ، ما لم يقم دليل على غير ذلك . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع : « كثيرا ما يلجأ المورث ، وهو عاجز عن الإيصاء لوارثه ، إلى وصية يسترها فى شكل تصرف آخر ، كبيع أو هبة . ويحتفظ فى هذا التصرف بحيازة العين وبحقه فى الانتفاع بها . إما من طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف فى العين ، وإما من طريق الإيجار مدى الحياة ،

(١) نقض مدنى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٤ ص ١١ - ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٨ ص ٤٤٥ - ١١ مارس سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٦ ص ٦٩ - أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٣ ص ١٠٧ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٨ ص ١٧٤ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٧ ص ٦١٢ - استئناف مصر ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٩ ص ١٢ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٥٠ ص ٣٢٧ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٤٦١ ص ٧٥٩ - ١٩ يناير سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٢٧ ص ١٧٢ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٣ ص ٢٩١ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٩٣ ص ٢٠٩ - استئناف أسيوط ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٤ ص ٦٣٥ - ومع ذلك أنظر نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٥٠ رقم ٣٧ - ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٨ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٩ رقم ٣٤ - ٨ مارس سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٩ رقم ٣٢ - ١٨ أبريل ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٦ ص ١٥٣ - ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٢ ص ٧٨١ - استئناف مصر ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ١٤٣ ص ٢٩١ - ١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٥٦ ص ٩١٧ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩٤ ص ١٠٩٠ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٤١ ص ٨٧٥ .

(٢) أنظر فى هذه الأحكام المتضاربة نظرية المقدر للمؤلف فقرة ٨٢٧ ص ٩٢٩ - ص ٩٣٢ ، وفى الضوابط التى استخلصت من هذه الأحكام نفس المرجع فقرة ٨٢٧ ص ٩٣٣ .

أو من أى طريق آخر . وقد تضاربت الأحكام فى ذلك تضارباً كبيراً ، حتى أصبحت الأقضية فى هذا الشأن أدخل فى باب الحظ منها فى باب الحقوق الثابتة . فحسم المشروع الخلاف بأن قرر أن مثل هذا التصرف يعتبر وصية ، ما لم يقيم دليل على غير ذلك . وقد فرض المشروع ما هو أكثر انطباقاً على الواقع ، وترك الباب مفتوحاً لإثبات العكس فى الحالات الأخرى النادرة . ويلاحظ أنه إذا فتح باب الوصية للوارث قلت المنازعات كثيراً فى هذا الشأن ، ولم تعد الناس فى حاجة للاحتيال وتسمية الوصية الصادرة للوارث باسم آخر « (١) . وقد فتح باب الوصية فعلاً للوارث ، فى الفترة ما بين وضع المشروع التمهيدى والمراحل التشريعية التالية للتقنين المدنى ، إذ أجاز قانون الوصية الصادر فى سنة ١٩٤٦ كما رأينا الوصية للوارث . ومع ذلك بقى نص المشروع التمهيدى على حاله ، واستقر نصاً من نصوص التقنين المدنى (٢) .

وقد عرض هذا النص لتصرف المورث « لأحد ورثته » ، لأن التصرف للوارث كان هو الغالب عندما كانت الوصية غير جائزة له . فإذا تصرف المورث لغير الوارث بأن باع مثلاً له داراً واحتفظ بحيازتها وبحق الانتفاع

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠١ .

(٢) وقد حاولنا تبرير ذلك فى الجزء الأول من الوسيط إذ قررنا « ويبرر مسلك القانون الجديد وميله إلى ترجيح جانب الوصية على جانب البيع أو الهبة ، مما يؤدى فى الغالب إلى تقييد التصرف ، أن باعث القضاء على التساهل فى تفسير التصرف على أنه بيع أو هبة لا على أنه وصية قد انعدم . فقد كان القضاء يرجح جانب البيع أو الهبة على جانب الوصية لما كانت أحكام الوصية تضيق عن الإيصاء للوارث ، فكان القضاء يعالج بهذا التساهل عيباً فى القانون ليصحح وصايا لها ما يبررها فى ظروف الأسرة تحت ستار أنها يبيع أو هبات منجزة . أما اليوم فقد عدل المشرع المصرى من أحكام الوصية ، فأجاز الوصية للوارث فيما لا يزيد على ثلث التركة وجعلها كالوصية لغير الوارث . فلم يعد هناك مقتضى لتسمية التصرفات بغير أسمائها الحقيقية ، وما دامت الوصية السافرة للوارث جائزة ، فلا محل إذن للوصية المستترة » (الوسيط ١ طبعة أولى فقرة ٣٨٨ فى أسفل ص ٥٩٨) .

والواقع من الأمر أن الوصية المستترة لا يزال لها محل حتى بعد أن جازت الوصية للوارث ، فالوصية للوارث لا تنفذ بغير إجازة باقى الورثة إلا فى ثلث التركة . ويقع أن المورث لا يكون له ابن يرثه ، فيلجأ إلى الوصية المستترة حتى يعطى لبنته أولزوجه كل ماله ، ولا يقنع بوصية سافرة لا تنفذ إلا فى ثلث التركة .

بها طول حياته ، ألا يجوز في هذا الفرض إعمال القرينة القانونية التي وردت في النص واعتبار التصرف وصية حتى يقوم الدليل على العكس ؟ لا شك في أن هناك ظروفا تدفع المورث إلى الإيصاء لغير الوارث بأكثر من ثلث التركة ، كما لو كان ورثته من غير الأقربين وكانت علاقة قوية تربطه بأجنبي يؤثر معها أن يوصي له بكل ماله أو بأكثره ، فليجأ في هذه الحالة إلى الوصية المستترة . ونرى أن الاحتفاظ بحيازة العين وبحق الانتفاع مدى الحياة ، في التصرف لغير الوارث ، إذا لم يصلح قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة مطاوعة لحرفية النص ، فلا أقل من اعتباره قرينة قضائية . وسواء اعتبر قرينة قانونية أو قرينة قضائية ، فهو في الحالتين يقبل إثبات العكس .

وقد جعل النص من احتفاظ المورث في تصرفه بحيازة العين بأية طريقة كانت وبحقه في الانتفاع بها مدى الحياة قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة (١) . ويحتفظ المورث بحيازة العين وبالانتفاع بها مدى الحياة

(١) وهذا لا يمنع من قيام قرائن قضائية على أن التصرف وصية مستترة فيؤخذ بها . إذ يجوز للطاعن في هذه الحالة إثبات مطاعنه بكل طرق الإثبات بما في ذلك القرائن القضائية ، وليس من الضروري قيام هذه القرينة القانونية . وقد قضت محكمة النقض بأن الشريعة الإسلامية قد جعلت للوارث إبان حياة مورثه حقاً في ماله ينحجر به المورث عن التصرف بالوصية . لو ارث آخر . وهذا الحق يكون كامناً ولا يظهر في الوجود ، ولا يكون له أثر إلا بعد وفاة المورث . وعندئذ تبرز بقيام هذا الحق شخصية الوارث منفصلة تمام الانفصال عن شخصية المورث في كل ما يطعن به على تصرفات المورث الماسة بحقه ، وتنطبق عليه كما تنطبق على الأجنبي عن المورث أحكام القانون الخاصة بالطعن على تصرفات المورث ، فيحل له إثبات مطاعنه بكل طرق الإثبات . فإذا كان مدار النزاع أن المدعى عليهم في الطعن يطعنون على السند الذي تملك به الطاعة بأنه تصرف إنشاء من المورث أخرجه في صيغته مخرج تصرف إقراري بقصد إنشاء وصية للطاعة مع أنها من ورثته الذين لا يصح الإيصاء لهم إلا بإجازة سائر الورثة ، وقدم خصوم الطاعة وهم من الورثة أدلة تفيد أن السند المتنازع عليه وصية لم يحجزها سائر الورثة ، فأخذت بهذه الأدلة وأبطلت السند ، فلا تثريب عليها في ذلك (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٨ رقم ٣٣) . وقضت أيضاً بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من ظروف الدعوى ومن الأدلة والقرائن التي أوردها والتي من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها أن نية الطرفين قد انصرفت إلى الوصية لا إلى البيع المنجز ، فانه إذ قضى للمطعون عليها بنصيبها الشرعي في =

بطرق مختلفة . والطريقة المألوفة هي أن يشترط لنفسه في عقد بيع يصدر منه

= المقارات موضوع النزاع لا يكون قد خالف القانون (نقض مدني ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٦) . وقضت أيضاً بأنه لما كان للوارث أن يثبت طعنه في العقد الذي قصد به الإضرار بحقه في الإرث بأي طريق من طرق الإثبات المقبولة قانوناً ، كان للحكم أن يستخلص عدم جدية الثمن الوارد في العقد من القرائن القائمة في الدعوى ، ولو أدى ذلك إلى إهداره إقرار المتصرف في العقد بأنه قبض الثمن بطريق المقاصة وفاء لدين قال إنه في ذمته لمورث المستترين (نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٧) . وانظر أيضاً في نفس المعنى نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٤ - ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٧ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٣ رقم ٣٣ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٣ رقم ٢٩ - ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ٢١ - ١١ مايو سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٥ - ١٨ يناير سنة ١٩٥١ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٣ - ٢١ يونيو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ص ٨٢٤ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ص ١٤ - ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ص ١٤ رقم ١٣٧ ص ٩٨١ - ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ص ١٥ رقم ١٠ ص ٤٣ .

وانظر في تصرفات كيفت بأنها وصايا مسترة لقيام قرائن قضائية تثبت ذلك : نقض مدني ٦ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٩ (حصلت المحكمة فهم الواقع في الدعوى من دليل مقبول ينتجه عقلا وذكرت القرائن التي استدلت بها على أن البيع حقيقته وصية مسترة) - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٥ رقم ١٦ (القرائن هي عدم تسجيل العقد ، وعدم دفع الثمن ، وبقاء العقد في حوزة المتصرف حتى وفاته) - ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ١٠ (المقار لم يخرج من حيازة المتصرف طول حياته ، ولم يدفع ثمن عن التصرف ، والعقد عرفي لم يسجل) - ١١ مارس سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ١١ (ورقة ضد بنفس تاريخ السند تضمنت تعهد المشتري بعدم المساس بملكية الأطيان طول حياة والديه البائعين له ، ثم بعد وفاتهما يكون لأخواته نصيب معين في الأطيان - عدم دفع ثمن من الثمن - سبب البيع هو استكمال الابن النصاب القانوني للعمودية) - أول أبريل سنة ١٩٤٣ (نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٥) (قصد المتصرف أن يختص بعض أولاده دون غيرهم بكل ما يترك من عقار ومنقول - لم يسجل سند التصرف واحتفظ به المتصرف طول حياته - التصرف بغير عوض - سند مماثل لسند التصرف محرر في نفس اليوم ولكن لم يبين فيه الثمن) - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ١٨ (بقاء العقد في حوزة المورث بغير تسجيل حتى الوفاة - عدم تسجيله بعد ذلك لمدة تقرب من خمس سنوات - بقاء المورث متمتعاً بكل مظاهر الملكية : التأجير باسمه وبوصفه مالكاً ودفع الديون المقارية - فقر المتصرف له) - ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ١٩ (المتصرف له لم يدفع ثمناً - العقد وجد في خزانة المتصرف بعد وفاته - قبض=

حق الانتفاع بالعين المبيعة مدى الحياة ، مع منع المشتري من التصرف

أرباح السنوات التي استحققت بعد صدور العقد) - أول يونية سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ٢١ (باعت الزوجة لزوجها أرضاً ولكنها تصرفت بعد موته في حصة أكبر مما ترثه من الزوج ، ثم تصرفت في حصة أخرى مما دل على أنها لم تعتد بالبيع الذي صدر منها لزوجها) - ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ٢٣ (زوجة باعت لزوجها كل ما تملكه - لم تسجل العقود - استمرت الزوجة واضعة يدها ظاهرة بمظهر المالك - عدم دفع ثمن) - ٦ مارس سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٧ رقم ٢٥ (صدور العقد من أب إلى ابنه في مرضه الأخير بغير مقابل إيثراً له على بناته - احتفاظ الأب بحق الانتفاع طول حياته - بنحس الثمن) - ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ٢٢ (عدم دفع ثمن البيع - منع المشتريين من التصرف طول حياة البائع وعدم إلزامهما بدفع الأموال) - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٥ رقم ١٥ (المورث لم يكن في حاجة إلى بيع أملاكه ولم يقبض ثمناً ، وظل واضعاً يده حتى الوفاة ، واحتفظ بعقد البيع دون تسجيل) - هذا ولا يكتفى بمجرد الطعن في التصرف لإهدار حجته ، بل يجب على الطاعن أن يقيم الدليل بأي طريق من طرق الإثبات على أن التصرف حقيقته وصية : أنظر نقض مدني ٢٤ يونية سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٨ ص ٨٠٨ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٩٣ ص ١٢٣٥).

وانظر في تصرفات لم تكيف بأنها وصايا مستترة لعدم قيام قرائن قضائية كافية تثبت ذلك : نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٨ رقم ٣٥ (حررت والدته لابنها سنداً بدين يستحق الوفاء وقت الطلب وسلمته ليها ، ووجد السند بمنزل الابن عند حصر تركته) - أول فبراير سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٨ رقم ٢٧ (بيع منجز ووضع المشتري يده على المبيع ونص في العقد على أن له حق التصرف فيه - التزام البائع بالضمان - سجل العقد قبل وفاة البائع) - ١١ مارس سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٨ (حرر المورث السند قبل الوفاة بنحو عشر سنوات ، وسلمه للصادر لها ، ونص فيه على سريان الفوائد) - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٩ رقم ٣٣ (بيع منجز من والد لأولاده ، واشترط فيما بعد وجوب موافقة البائع على تصرف الأولاد في البيع وذلك على أثر رفع الأولاد على أبيهم دعوى بصحة التعاقد ، وكان ذلك تفادياً للاستمرار في التقاضي) - ٤ أبريل سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٩ رقم ٢٩ (تسلم المشتري العقد الابتدائي وشرع في التسجيل) - ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٤ ص ٥٧٩ (أبيع للمورث الإثبات بجميع الطرق فلم يستطع تقديم الدليل على أن التصرف وصية) - ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣ (عجز المدعى عن فني تنجيز التصرف فاعتبر بيعاً لموهبة مستورة) - ٢٤ يونية سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٨ ص ٨٠٨ (لا يكتفى بإثبات أن المشتري ابن البائع وكان يقوم بمعاونة والده في زراعة الأرض حتى وفاته وأن عقد البيع لم يسجل) .

في الرقبة . وبذلك يبقى حائزاً للعين باعتباره منتفعاً لا مالكا ، ويبقى حائزاً لها مدى حياته ، دون حاجة إلى تتبع حقه في الانتفاع في يد الغير بفضل شرط المنع من التصرف في الرقبة (١) . ويصح ، للاحتفاظ بحيازة العين المبيعة وبالانتفاع بها مدى الحياة ، أن يلجأ إلى طريقة أخرى وإن كانت غير مألوفة . وذلك بأن يستأجر العين مدة حياته من المشتري ، بأجرة يحصل على مخالصة بها دون أن يدفع شيئاً (٢) . وقد علمنا عند الكلام في عقد الإيجار أن الإيجار لمدة حياة المستأجر جائز (٣) ، وأن الإيجار صحيح حتى لو نزل المؤجر عن الأجرة بعد أن ثبتت له في ذمة المستأجر (٤) ، جر فأولى أن يكون صحيحاً لو أعطى المؤجر للمستأجر مخالصة بالأجرة المستحقة عن مدة الإيجار بأكملها . ويتمكن المورث بهذه الطريقة من أن يستبقى حيازة العين في يده وأن ينتفع بالعين مدى حياته ، وذلك بموجب عقد الإيجار . أما مجرد الانتفاع الفعلي الذي لا يستند إلى حق قانوني فلا يكفي لقيام القرينة القانونية ، إذ لا يكون زمام الانتفاع بالعين في هذه الحالة في يد المتصرف ، بل يكون موكولاً إلى مشيئة المتصرف إليه ، فيستطيع أن ينتزع الانتفاع من يد المتصرف متى أراد (٥) .

(١) ويبدو أن احتفاظ المورث بحق الانتفاع طول حياته كاف وحده لقيام القرينة القانونية ، فهو يتضمن اشتراطه الانتفاع بالعين مدى الحياة واستبقاء الحيازة في يده بصفته منتفعاً . وقد يضيف إلى ذلك عدم تسجيله للبيع وتصرفه في العين تصرف المالك ، فيكون بذلك قد قوى القرينة ودعمها .

(٢) وعليه في هذه الحالة أن يسجل عقد الإيجار لا حتمال أن تزيد مدته على تسع سنوات ، وكذلك المخالصة بالأجرة لا حتمال أن تزيد مدتها على ثلاث سنوات ، وذلك حتى يكون كل من عقد الإيجار والمخالصة نافذاً في حق الغير .

(٣) الوسيط ٦ فقرة ١١٦ ص ١٤٥ .

(٤) الوسيط ٦ فقرة ١٢٨ ص ١٦٥ هامش ٣ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود من الاحتفاظ بالحق في الانتفاع وفقاً للمادة ٩١٧ مدني هو أن يكون المتصرف المنتفع بالعين مدى حياته مستنداً إلى حق ثابت لا يستطيع المتصرف إليه تجريدته منه . ويكون ذلك إما عن طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف في العين ، أو عن طريق الإيجار مدى الحياة ، أو عن طريق آخر مماثل . ومن ثم لا يكفي لقيام القرينة القانونية أن يحتفظ المتصرف بالحيازة والانتفاع لحساب الغير ولو كان ذلك لدى حياة المتصرف ، إذ يكون الحق في الانتفاع في هذه الحالة مقررراً =

والاحتفاظ بحيازة العين وبالانتفاع بها مدى الحياة^(١) ، وإن قام قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة ، ليس بالقرينة القاطعة . بل يجوز لمن تصرف له المورث أن يدحض هذه القرينة بإثبات العكس^(٢) ، ولو عن طريق تقديم قرائن قضائية مضادة . فيصح أن يثبت المشتري من

= لهذا الغير . كما لا يكفي أن ينتفع المتصرف بالعين انتفاعاً فعلياً حتى وفاته ، دون أن يكون مستنداً في هذا الانتفاع إلى مركز قانوني يخوله حقاً في الانتفاع . ومفاد ما تنص عليه المادة ٩١٧ مدني هو أن القرينة التي تضمنها لا تقوم إلا باجتماع شرطين ، أولهما هو احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها ، وثانيهما احتفاظه بحقه في الانتفاع بها ، على أن يكون الاحتفاظ بالأمرين مدى حياته . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بأسباب سائغة إلى أن حيازة المورث للأعيان المبيعة منه إلى ورثته واستغلاله لها بعد البيع لم يكن لحساب نفسه ، ولكن لحسابهم تنفيذاً للتوكيل الصادر منهم إليه ، فإن الحكم يكون قد نفي احتفاظ المورث بحقه في الانتفاع بالأعيان المتصرف فيها مدى حياته ، مما تتنق به القرينة القانونية الواردة في المادة ٩١٧ مدني (نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٤ ص ٥٧٩) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٨ ص ٨٠٨ .

وإذا كان مجرد الانتفاع الفعل الذي لا يستند إلى حق قانوني لا يكفي لقيام القرينة القانونية ، فانه يجوز للمحكمة مع ذلك أن تستخلص منه قرينة قضائية لا قرينة قانونية (إسماعيل غانم ص ٣٢ و ص ٣٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٢٨ ص ٨١٤) .

(١) ويقع عبء إثبات ذلك على الوارث أو الدائن ، فعليه أن يثبت أن المورث قد احتفظ بحيازة العين وبحقه في الانتفاع مدى الحياة ، فتقوم القرينة . ويصح أن يطعن المورث نفسه في التصرف الصادر منه على أساس أنه وصية وقد رجع فيها ، فيقع عليه هو أيضاً عبء إثبات قيام القرينة القانونية . ولما كانت هذه القرينة القانونية قد استحدثها التقنين المدني الجديد ، فانها لا تكون ذات أثر رجعي ، ولا تسري على التصرفات الصادرة من المورث قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٣٩) . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن القاعدة الواردة بالمادة ٩١٧ مدني مستحدثة ولم يكن لها نظير في التقنين المدني ، والقرينة التي استحدثتها هذه المادة ، لاتصالها بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً ، لا يجوز إعمالها بأثر رجعي على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدني القائم (نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣) . ولكن يجوز للقاضي أن يتخذ منها ، في هذه التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالتقنين المدني الجديد ، مجرد قرينة قضائية .

(٢) نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٤ ص ٥٧٩ - ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣ .

المورث أن التصرف الصادر له هو بيع منجز أو هبة منجزة مستترة في صورة البيع ، وليس بوصية مضافة إلى ما بعد الموت . وذلك بأن يثبت مثلاً أن البيع قد سجل وقد نقل له التكليف ، وأن البائع قد نزل عن شرط المنع من التصرف ، وأن احتفاظ البائع بالحيازة يرجع إلى أن المشتري قاصر وقد باشر البائع الحيازة نيابة عنه باعتباره ولياً ، وأن احتفاظ البائع بمنفعة العين مدى حياته يقابله إنقاص الثمن بما يتناسب مع هذه المنفعة .

فاذا دحض من تصرف له المورث القرينة القانونية باثبات عكسها على النحو سالف الذكر ، فإن التصرف لا يعتبر وصية مستترة ولا تسرى عليه أحكام الوصية ، بل يعتبر بيعاً منجزاً أو هبة منجزة وتسرى عليه أحكام البيع أو الهبة (١) . وإذا لم يستطع من تصرف له المورث دحض القرينة باثبات العكس ، وهذا هو الغالب في العمل ، بقيت القرينة قائمة ، واعتبر التصرف وصية مستترة تسرى عليها أحكام الوصية (٢) . ومن ثم لا تنفذ في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة إلا إذا أجازوها ، ولا تسرى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة بعد أن استظهرت أقوال الشهود إثباتاً ونفيًا ، واستعرضت شروط التعاقد ، قدرت بسلطانها الموضوعية أن العقد جدي لا صورية فيه ، ورأت أن الادعاء بذلك لا تسمح به ظروف التعاقد ولا مركز الطرفين ، ثم استطردت إلى دفاع الطاعنين المتضمن عدم مقدرة الابن على الشراء وأن العقد غير منجز بسبب عدم وضع يد المشتري وأنه وصية عملاً بالمادة ٩١٧ مدني ، فردت عليه واعتبرت للأسباب السائفة التي أوردتها أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى تمليك الابن الأطيان موضوع التصرف في الحال ، وإن تراخي تسليمها إلى ما بعد الوفاء بالثمن ، فإن النمي على حكمها المطعون فيه بالقصور وبمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدني ٢٣ يونيو سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام للنقض ١١ ص ٤٣٢) .

(٢) وحق الوارث في الطعن في تصرف المورث بأنه في حقيقته وصية لا بيع وبأنه قد قصد به التحايل على أحكام الإرث ، سواء لأن التصرف قد صدر في مرض الموت أو لقيام قرائن قانونية أو قضائية على أنه وصية مستترة ، حق خاص مصدره القانون ، وليس حقاً يتلقاه عن مورثه ، وإن كان هذا الحق لا ينشأ إلا بعد وفاة المورث . ومن ثم لا يكون الحكم الصادر قبل المورث بصحة التصرف بالبيع حجة عليه ، إذ يعد الوارث في حكم الغير فيما يختص بتصرفات مورثه الفسادة به والماسة بحقه في الإرث (نقض مدني ٢١ يونيو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٢٣ ص ٨٢٤) . وانظر أيضاً نقض مدني ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٤ ص ٥٢٥ .

في حق دائي التركة أصلاً بل يقدم حق الدائن على حق الموصي له . ويجوز للموصي في حال حياته أن يعدل عن الوصية ، فتسقط بالعدول عنها ، وكذلك تسقط إذا مات الموصي له قبل موت الموصي (١) .

المبحث الثالث

شهر الوصية

٨٥ - تم مشروع الوصية للشهر من قاتوره تنظيم الشهر العقاري :
قدمنا (٢) أن قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ لم يجعل الوصية بالعقار خاضعة للتسجيل ، إذ أن التصرفات التي أخضعها للتسجيل هي التصرفات فيما بين الأحياء والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت . وقد كان عدم إخضاع الوصية وحق الإرث للشهر نقصاً واضحاً في قانون التسجيل ، إذ أن ذلك كان يقطع حلقات تسلسل الملكية العقارية كما سبق القول (٣) .

وقد تلافي هذا النقص قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ المعمول به منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ ولا يزال معمول به حتى اليوم ، إذ أخضع كلا من الوصية بالعقار وحق الإرث للشهر .

فالوصية إذن ، كحق الإرث ، لا تخضع للشهر إلا بموجب قانون تنظيم الشهر العقاري ، أي منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ . وعلى ذلك فالوصية الصادرة من شخص توفي قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ لا تخضع للشهر .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التصرف المقصود في المادة ٩١٧ مدني هو ما يرد على ملكية العين أو على حق عيني فيها . أما الإقرار المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء الوقف الأهلي ، وهي تقضي بأن يعتبر إقرار الواقف بأشهاد رسمي يتلقى العوض أو بثبوت الحق فيه حجة على ذوي الشأن جميعاً متى صدر في خلال الثلاثين يوماً التالية للفعل بالقانون ، قائماً ينصب على تلقى العوض . ومن ثم لا يعتبر هذا الإقرار تصرفاً في معنى المادة ٩١٧ مدني ولا يخضع لحكمها (نقض مدني ٢١ فبراير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٤٠ ص ٢٧٠) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦٨ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٨ .

وتسرى على هذه الوصية ، من حيث عدم خضوعها للشهر ، أحكام قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، فتنقل بها ملكية العقار الموصى به من الموصى إلى الموصى له وقت وفاة الموصى دون حاجة إلى التسجيل .

٨٦ - كيف يتم شهر الوصية طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقاري :

تنص المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري على ما يأتي : « جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب شهرها بطريق التسجيل ، ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن » . ونرى من ذلك أن قانون تنظيم الشهر العقاري قد نص صراحة على وجوب شهر الوصية بعقار ، باعتبار أنها تصرف من شأنه نقل ملكية هذا العقار من الموصى إلى الموصى له . وقد ذكر الوصية بالذات من بين التصرفات التي يجب شهرها ، حتى يزيل كل لبس في هذه المسألة . فقد قدمنا أن قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ لم يكن يخضع الوصية للشهر ، لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت في حين أن التصرفات التي تخضع للتسجيل طبقاً لهذا القانون هي التصرفات فيما بين الأحياء . فأطلق قانون تنظيم الشهر العقاري لفظ « التصرفات » ولم يقيد بها بأنها التصرفات فيما بين الأحياء ، ثم عاد فذكر الوصية بالذات كما قدمنا إمعاناً منه في التأكيد بأن الوصية تخضع للشهر .

وتشهر الوصية بطريق التسجيل ، كما هو صريح النص . وتشهر بعد وفاة الموصى وقبول الموصى له إياها ، إذ في ذلك الوقت يتحقق أن الوصية تصرف نهائي من شأنه أن ينقل الملكية للموصى له . أما شهر الوصية عند صدورها وقبل وفاة الموصى فسيعرض عملية التسجيل للنقض إذا رجع الموصى عن الوصية ، إذ يجب عند ذاك التأشير على هامش التسجيل برجوع الموصى . كذلك يكون الأمر إذا شهرت الوصية بعد وفاة الموصى وقبل قبول الموصى له إياها ، فقد يردها الموصى له وعند ذلك يجب التأشير على

هامش التسجيل بالرد . ومع ذلك يجوز للموصي أن يسجل الوصية باختياره بعد صدورها وقبل وفاته حتى يؤكد وجودها ويعلنه ، فإذا لم يؤثر على هامش التسجيل برجوع الموصي عنها أو برد الموصي له إياها ، بقي التسجيل نافذ المفعول وانتقلت الملكية إلى الموصي له عند وفاة الموصي (١) .

والذي يقوم بتسجيل الوصية هو الموصي له بعد وفاة الموصي ، وقد يقوم بتسجيلها الموصي في حياته كما قدمنا .

والحرر الذي يسجل هو السند المثبت للوصية ، أي الورقة الرسمية التي حررت لإثبات الوصية ، أو الورقة العرفية المصدق فيها على إمضاء الموصي ، أو الورقة العرفية المكتوبة كلها بخط الموصي والموقع عليها بامضائه . وقد يقوم نزاع في شأن الوصية ، فيستصدر الموصي له حكماً نهائياً بصحتها ، ويقوم بتسجيل هذا الحكم .

ويدفع رسم نسبي عن تسجيل الوصية ، هو نسبة مئوية من قيمة العقار الموصي به وقت التسجيل . ويتم التسجيل في مكتب الشهر الذي يوجد العقار الموصي به في دائرته .

وجزاء عدم تسجيل الوصية هو ، كما تقول المادة ٩ من قانون الشهر العقاري سالفة الذكر ، أن ملكية العقار الموصي به لا تنتقل لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . فهي لا تنتقل بين ذوي الشأن ، فتبقى في التركة عند الورثة ، ولا تنتقل إلى الموصي له (٢) . وهي لا تنتقل بالنسبة إلى الغير ، فلو أن الورثة رتبوا على العقار الموصي به حقاً عينياً ومجلاً هذا الحق قبل تسجيل الوصية ، لم يجز الاحتجاج بالوصية على من ترتب له الحق العيني وقام بتسجيله . وقد قدمنا عند الكلام في شهر حق الإرث أن الموصي له إذا أشر بالوصية على هامش تسجيل حق الإرث في خلال السنة التالية لهذا التسجيل ، كان له أن يسجل الوصية في خلال هذه السنة .

(١) قارن محمد علي عرفة ٢ فقرة ٤٠١ ص ٦٥٠ - وسرى أنه إذا توفي الموصي تقدم الموصي له بالمستندات المثبتة لوفاته ولقبوله هو للوصية ، فيقوم مكتب الشهر بالتأشير بذلك في هامش تسجيل الوصية (أنظر ما يلي فقرة ٨٧) .

(٢) ويترتب على ذلك أن الموصي له لا يستطيع التصرف في العقار الموصي به قبل تسجيل الوصية .

فاذا قام بالتسجيل في خلال هذه المدة ، كان له أن يحتج بالوصية على من ترتب له حق عيني على العقار الموصى به ، ولو سجل هذا الأخير حقه العيني قبل تسجيل الوصية (١) . أما إذا سجل الموصى له الوصية بعد انقضاء هذه المدة ، فالعبرة بتاريخ التسجيل ، ولا يحتج الموصى له بالوصية إلا إذا كان تسجيله سابقا على تسجيل من ترتب له حق عيني على العقار الموصى به (٢) .

وتقول المادة ٩ من قانون الشهر العقاري سالف الذكر أيضا إن الوصية غير المسجلة لا يكون لها من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن . وعلى ذلك يكون هناك الترام شخصي على التركة بنقل ملكية العقار الموصى به إلى الموصى له ، ويجوز لهذا الأخير أن يرفع دعوى بصحة الوصية ونفاذها على الورثة إذ هم الذين يمثلون التركة . ويسجل صحيفة الدعوى ، ومتى صدر الحكم بصحة الوصية ونفاذها أشر بهذا الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى .

٨٧ - إجراءات شهر الوصية طبقا لقانونه تنظيم الشهر العقاري :

نستعرض هنا أربع صور ، يختلف بعضها عن بعض في إجراءات الشهر . ففي الصورة الأولى تكون الوصية موثقة في ورقة رسمية أو محررة في ورقة عرفية مصدق فيها على إمضاء أو ختم الموصى ، ويقوم بتسجيلها الموصى له بعد وفاة الموصى وبعد أن يكون الموصى له قد قبلها . وفي الصورة الثانية تكون الوصية في وضع الصورة الأولى ، ولكنها تكون محررة في ورقة عرفية مكتوبة كلها بخط الموصى وعليها إمضاءه . وفي الصورة الثالثة يقوم الموصى نفسه في حالة حياته بتسجيل الوصية ، سواء كانت الوصية موثقة في ورقة رسمية أو محررة في ورقة عرفية . أما الصورة الرابعة ، فهي صورة الوصية الواجبة التي سبق بيانها (٣) .

(١) إسماعيل غانم ص ١٥١ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤٩٤ ص ٧٤٠ و فقرة ٥٣٣ ص ٧٩٧ - ص ٧٩٨ - حسن كيرة ص ٤٢ .

(٢) قارن محمد كامل مرسى ٦ فقرة ٥٧ ص ٧٩ - ص ٨٠ - محمد علي عركة في مقال له في الجديد في نظام الشهر العقاري مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٨ ص ٥٦٧ - ص ٥٦٨ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٧٩ .

١ - فى الصورة الأولى حيث يقوم الموصى له بعد وفاة الموصى بتسجيل الوصية الموثقة فى ورقة رسمية أو المحررة فى ورقة عرفية مصلق فيها على إمضاء الموصى أو ختمه ، وهذه هى الصورة الغالبة ، يقدم الموصى له إلى مكتب الشهر المختص ، وهو المكتب الكائن فى دائرته العقار الموصى به ، الورقة الرسمية أو الورقة العرفية محررة على الورق الأزرق . ويرفق بالوصية المستند المثبت لوفاة الموصى وإنحصار إرثه فى ورثته ، وكذلك إقرارا بقبوله هو للوصية . وبعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات ، يقوم مكتب الشهر بتسجيل الوصية وتصويرها وإخطار الجهات المختصة ، ويرسل صورة من الوصية للمحافظة الكائن فى دائرتها العقار الموصى به لنقل التكليف الخاص بهذا العقار من اسم الموصى لاسم الموصى له .

٢ - وفى الصورة الثانية ، التى هى كالصورة الأولى ولكن الوصية فيها محررة فى ورقة عرفية بيضاء مكتوبة كلها بخط الموصى وعليها إمضاءه ، قد يستطيع الموصى له . أن يتفق مع ورثة الموصى على تحرير ورقة يوقعون عليها جميعا بقبول الموصى له للوصية وباقرارها من ورثة الموصى . وفى هذه الحالة تحرر قائمة جرد لشهر حق الإرث على الورق الأزرق ، وتتضمن القائمة بيانا خاصا بالوصية وبيانا آخر خاصا بحق الإرث . ويقدم الموصى له لمكتب الشهر الكائن فى دائرته العقار الموصى به الوصية مرفقا بها قائمة الجرد والورقة الموقع عليها منه بقبول الوصية ومن الورثة باقرارها . وبعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات ، ثم التوقيع على قائمة الجرد من الموصى له والورثة بمكتب الشهر المختص ، يتم تسجيل الوصية مع تسجيل حق الإرث مرة واحدة . ثم يصور سند الوصية وسند الإرث وقائمة الجرد ، وتخطر الجهات المختصة ، وكذلك تخطر المحافظة المختصة لنقل التكليف من اسم المورث لاسم الموصى له بالقدر الموصى به ، ولاسم الورثة بالقدر الباقى بعد الوصية .

ولإذا لم يستطع الموصى له الاتفاق مع الورثة ، فعليه أن يستصدر حكما من المحكمة المختصة فى مواجهة الورثة بصحة الوصية ونفاذها . ويسجل

عريضة الدعوى ، كما يوثق بمضمونها على هامش تسجيل حق الإرث .
وعليه ، عند صدور الحكم بصحة الوصية ونفاذها ، أن يوثق به على هامش
تسجيل عريضة الدعوى . وبذلك يتم تسجيل الوصية ، وتنتقل ملكية العقار
الموصى به إلى الموصى بهذا التسجيل ، ولكن من يوم وفاة الموصى لا من
يوم التسجيل .

٣ - وفي الصورة الثالثة حيث يقوم الموصى نفسه في حالة حياته
بتسجيل الوصية ، يقدم هذا الأخير لمكتب الشهر الكائن بدائرتة العقار الموصى
به محرر الوصية بعد توثيقه أو بعد التصديق على التوقيع فيه . وبعد استيفاء
مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات والتأشير بها على محرر
الوصية ، يقوم مكتب الشهر بتسجيل هذا المحرر . ولكنه يمتنع عن التأشير
عليه بخاتم ناقل للتكليف ، لأن الملكية لا تنتقل إلى الموصى له إلا عند وفاة
الموصى . فاذا ما توفي الموصى ، تقدم الموصى له بالمستندات المثبتة لوفاة
ولقبوله هو للوصية . فيقوم مكتب الشهر بالتأشير بذلك في هامش تسجيل
الوصية وباخطار الجهات المختصة ، وكذلك باخطار المحافظة المختصة لتقوم
بنقل التكليف لاسم الموصى له (١) .

٤ - وفي الصورة الرابعة وهي صورة الوصية الواجبة ، إذا وجد
أصحاب وصية واجبة وقد سبق بيان من هم (٢) ، يبدأ بتحديد نصيبهم
في قائمة الجرد الخاصة بشهر حق الإرث ، وما يتبقى يكون تركة لباقي
الورثة يوزع بينهم بحسب أنصبتهم في الميراث ويبين ذلك في قائمة الجرد .

(١) ويقول الدكتور محمود شوقي : « كان الأصل أن يحصل الموثق عند توثيق الوصية
أو التصديق على التوقيع عليها رسوم انتقال كاملة . . ، شأنها في ذلك شأن باقي المحررات
الخاضعة للشهر . ولكن رأى المكتب الرئيسي ، نظراً لإمكان عدول الموصى عن وصيته حال
حياته ، أن يكتفى بتحصيل رسم التصديق أو رسم التوثيق . . فاذا تمت الوصية بوفاة الموصى
وقبول الموصى له صراحة أو ضمناً ، كلف بأداء رسوم انتقال الملكية . . ومع ذلك فلا مانع
من تحصيل جميع رسوم الشهر إذا ما رغب الموصى في ذلك ، إذ قد يكون غرضه أداء الرسم مقدماً
نيابة عن الموصى له ، توفيراً لما قد يكلفه هذا من أعباء مالية » (محمود شوقي في الشهر العقاري
علماً وعملاً ص ٢٨١) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٧٩ .

ويقدم الإعلام الشرعى المثبت لوفاة المورث وانحصار إرثه فى ورثته أو ما يقوم مقام هذا الإعلام لمكتب الشهر المختص . ومعه قائمة الجرد ، وذلك بعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات . فيقوم المكتب بتسجيل شهادة الإرث وقائمة الجرد وتصويرهما ، وإرسال الصور للجهات المختصة ، ومنها المحافظة المختصة لتقوم بنقل التكليف لاسم أصحاب الوصية الواجبة وورثة المورث^(١) . ولا يستحق على شهر الوصية الواجبة أو الحكم المثبت لها أى رسم نسبي على انتقال الملكية ، إذ أن أصحاب الوصية الواجبة ملحقون بالورثة ، فلا يدفعون الا رسم التصوير ورسم الحفظ^(٢) .

٨٨ - شهر الوصية فى قانونه السجل العيى : وقد قدمنا أن قانون

السجل العيى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ لا يطبق إلا فى الأقسام المساحية التى يصدر بتعيينها قرار من وزير العدل ، وأنه إلى اليوم لم يصدر قرار بتعيين أى قسم مساحى يسرى عليه هذا النظام . ولذلك فإن قانون تنظيم الشهر العقارى لا يزال هو القانون المعمول به فى جميع أنحاء البلاد^(٣) .

ونورد هنا النص الخاص بشهر الوصية فى قانون السجل العيى ، وهو مماثل لنص المادة ٩ من قانون الشهر العقارى التى أسلفنا ذكرها^(٤) ، فتتص المادة ٢٦ من قانون السجل العيى على ما يأتى : « جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب قيدها

(١) ويقول الدكتور محمود شوقى : « وإذا كُنَّ الإعلام الشرعى خلوا من ذكر أصحاب الوصية الواجبة ، وجب عليهم استصدار حكم شرعى باستحقاقهم . وهذا الحكم يخضع للشهر بطريق التسجيل والتأشير بمنطوقه على هامش تسجيل حق الإرث ، الذى يجب أن يبادر إلى تسجيله أصحاب الحق فى الوصية الواجبة محافظة على حقوقهم ، والتأشير على هامشه بصحيفة الدعوى المقامة بأثبات أحقيتهم لنصيبهم فى التركة » (محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعلاص ٢٨٢) .

(٢) أنظر فى إجراءات شهر الوصية طبقاً لقانون الشهر العقارى محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعلاص ٢٨٠ - ص ٢٨٢ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٧١ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٨٦ .

في السجل العيني ، ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية . ويترتب على عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ، ولا يكون للتصرفات غير المقيدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن » . وقد نص قانون السجل العيني . كما نص قانون تنظيم الشهر العقارى . صراحة على وجوب شهر الوصية .

ويتم قيد الوصية في قانون السجل العيني بطريقة مماثلة للطريقة التي يتم بها تسجيلها في قانون الشهر العقارى . من حيث الوقت الذى يتم فيه القيد ، وتعيين من يقوم بالقيد ، والمحرم الذى يقيد ، وجزاء عدم القيد . وقد بسطنا ذلك فيما تقدم^(١) .

وأهم فرق بين القانونين هو أن التسجيل في قانون الشهر العقارى ليست له حجية مطلقة ، أما القيد في السجل العيني فله هذه الحجية ، وقد نصت المادة ٣٧ من قانون السجل العيني على أن « يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه . ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل » .

الباب الثالث

كسب الملكية

فيما بين الأحياء

الفصل الأول

الالتصاق

٨٩ - مفومات الالتصاق وتكييفه القانوني : الالتصاق هو اندماج

أو اتحاد شيئين متميزين أحدهما عن الآخر . ومملوكين لمالكين مختلفين ، دون اتفاق بينهما على هذا الاندماج .

ويجب في الاندماج أن يكون بحيث يتعذر الفصل ما بين الشيئين . دون تلف يلحق بأحدهما أو بكليهما . فالكثر المدفون في الأرض لا يعتبر ملتصقا بها ، إذ يمكن فصله عن الأرض دون تلف يلحق بأى منها . وإذا كان صاحب الأرض يملك الكثر في القانون المصري ، فإنه لا يملكه بسبب الالتصاق ولكن بحكم القانون^(١) .

ويجب أن يكون الشيئان متميزين أحدهما عن الآخر . فالإصلاحات أو التحسينات التي يجريها الحائر في ملك غيره لا تعتبر شيئا متميزا عن الشيء الذي يجري فيه الإصلاح أو التحسين . ومن ثم لا تسرى عليها أحكام الالتصاق . بل تسرى عليها أحكام المصروفات (م ٩٨٠ مدني)^(٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٢ ص ٤١ .

(٢) بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٢٧٢ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٢ ص ٤١ - وتقضى المادة ٩٨٠ مدني في المصروفات الضرورية بأن يرد لها المالك كلها للحائر ، وفي المصروفات الكالية بأن يكون للمالك الخيار بين المطالبة بتزاعها أو دفع قيمتها مستحقة الإزالة . أما في المصروفات النافعة ، فتحيل المادة ٩٨٠ مدني على أحكام الالتصاق ، وتميز بين الحائر حسن النية والحائر سيء النية طبقاً لهذه الأحكام .

كذلك الثمار التي تتولد من الشيء ، سواء كانت ثمارا طبيعية أو مستحدثة أو مدنية ، ليست متميزة عن الشيء مستقلة عنه بل هي متوالدة منه ، ولذلك لا تسرى عليها أحكام الالتصاق ، بل تسرى عليها أحكام الثمار (م ٩٧٨ - ٩٧٩ مدني) . وكأثير المحييات ، إذ مستحبات الشيء جزء منه ، وليست شيئا مستقلا عنه .

ويجب أن يكون الشيئان مملوكين للمالكين مختلفين ، فلو أقام شخص بماله بناء في أرضه لم يملك البناء بالالتصاق ، وإنما يملكه من الأصل إذ أقامه بماله . وإذا وجد في أحوال الالتصاق ، كما سنرى ، حالة يبدو فيها لأول وهلة أن أحد الشيئين غير مملوك لأحد ، وهي حالة الأرض التي تتكون من طمي النهر إذ قد يقال إن الطمي لا يملكه أحد . فأنصحح أن الطمي قبل أن يملكه المالك المجاور بالالتصاق كان ملكا عاما فهو ملك الدولة (١) وقد تحول إلى ملك خاص وتملكه المالك المجاور بالالتصاق . ولو كان الطمي غير مملوك لأحد ، لوجب القول بأن المالك المجاور يملكه بالاستيلاء لا بالالتصاق .

ويجب أخيرا ألا يكون هناك اتفاق بين المالكين السابقين سابق على الاندماج ، فالصانع إذا أخذ من رب العمل المادة التي يستخدمها وأدمج فيها مادة من عنده فأصبحنا شيئا واحدا ، ملك رب العمل هذا الشيء بعقد المقالة لا بالالتصاق ، لسبق وجود اتفاق بين المالكين .

والالتصاق ، على هذا النحو ، هو واقعة مادية تكون سببا لكسب الملكية . فاندماج أحد الشيئين في الشيء الآخر ، وهذه هي الواقعة المادية ، تكسب ملكية أحد الشيئين لملك الشيء الآخر . ذلك أن الشيئين بهذا الاندماج قد أصبحا شيئا واحدا ، إذ يتعذر الفصل فيما بينهما دون تلف كما سبق القول . ولما لم يكن هناك اتفاق سابق بين المالكين على من منهما يملك هذا الشيء بعد الاندماج ، فقد كان يمكن القول إن الشيء يكون

(١) وقد قلنا في الجزء الثامن من الوسيط أن الأملاك العامة يثبت فيها للدولة حق ملكية

مملوكا لهما على الشيوع ، كل بنسبة قيمة الشيء الذى كان يملكه مفرزا . ولكن هذا الحل غير مناسب من الناحية الاقتصادية في أكثر الأحوال ، ولذلك تدخل القانون فأسند ملكية الشيء كاملا بعد الاندماج إلى أحد المالكين ، إلا في حالات استثنائية أوجب فيها الفصل فيما بين الشئتين ولو أدى هذا الفصل إلى إتلاف أحدهما . واختار من المالكين مالك الشيء الأصلي فجعله مالكا للشيء التابع الذى اندمج في الشيء الأصلي ، على أن يعرض مالك الشيء التابع عن فقد ملكيته . وهذا هو الحل المعقول ، فمالك الأصل هو الذى يملك التبع (١) . بقى أن نعرف كيف ميز القانون بين الشيء الأصلي والشيء التابع . لم نغم هناك صعوبة في أهم صور الالتصاق وهى صور الالتصاق بالعقار ، فهذه الصور كما سنرى ، يلتصق فيها منقول (٢) بالأرض . فاعتبرت الأرض هى الشيء الأصلي في جميع هذه الصور ، حتى لو كانت أقل قيمة من المنقول الذى التصق بها ، كما لو أقيم بناء ضخم على أرض قيمتها أقل بكثير من قيمة البناء . أما في صور الالتصاق

(١) وإذا كان الشيء الأصلي محملا بحق انتفاع أو بحق ارتفاق أو كان له حق ارتفاق ، فإنه عند ما يندمج فيه التبع يمتد إلى التبع حق الانتفاع أو حق الارتفاق سلباً كان أو إيجابياً ، لأن الأصل والتبع يصبحان شيئاً واحداً (شفيق شحاته فقرة ٢٢٥ ص ٢٣٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٠ ص ٢٦٤) .

(٢) والمألوف أن يقسم الالتصاق بالعقار إلى حالتين : حالة التصاق عقار بعقار في التصاق الطمى بالأرض المجاورة ، وحالة التصاق منقول بعقار في التصاق المنشآت بالأرض . فتكون هناك أحوال ثلاث للالتصاق : التصاق عقار بعقار ، والتصاق منقول بعقار ، والتصاق منقول بمنقول (أنظر في هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٧ - شفيق شحاته فقرة ٢٢٥ ص ٣٣٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣١) .

والصحيح أن حالة التصاق الطمى بالأرض المجاورة لا تعدو أن تكون حالة التصاق منقول بعقار ، فالطمى قبل أن يلتصق بالأرض المجاورة وهو في حالة تراكبه قد تحول من عقار إلى منقول ، ثم التصق بالأرض فأصبح عقاراً بطبيعته ، شأنه في ذلك شأن مواد البناء كانت منقولا ولما شيد بها البناء على الأرض أصبحت عقاراً (أنظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٠٩ ص ٢٩١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠ - إسماعيل غانم ص ٥٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١٣ ص ٢٨١ هامش ١ - حسن كيرة ص ٥٨) . فلا يكون هناك إذن إلا حالتان للالتصاق : (١) التصاق منقول بعقار ، وهذا الالتصاق إما أن يكون التصاقاً طبيعياً بفعل المياه وهو التصاق الطمى بالأرض ، أو التصاقاً صناعياً بفعل الإنسان وهو التصاق المنشآت بالأرض . (٢) التصاق منقول بمنقول . وعلى ذلك يكون الشيء الذى التصق بغيره ، وأصبح مملوكا بسبب الالتصاق منقولا على الدوام .

بالمقول وهي صور نادرة . فقد ترك القانون الأمر فيها للمحكمة «مسترشدة بقواعد العدالة ، ومراعية في ذلك الضرر الذي حدث . وحالة الطرفين ، وحسن نية كل منهما » (م ٩٣١ مدني) . فاذا استطاع القاضي أن يميز الشيء الأصلي من الشيء التابع ، ولم تحل قواعد العدالة أو الظروف المحيطة بالمالكين ، وبخاصة ظرف سوء النية ، دون أن يجعل مالك الشيء الأصلي هو المالك للشيء التابع ، فعل ذلك . وقد يجعل ، عند عدم استطاعة التمييز بين الأصل والتبع ، الشيء مملوكا على الشيوع للمالكين معا .

فالقاعدة إذن أن مالك الشيء الأصلي هو الذي يملك الشيء التابع ، ويملكه بسبب واقعة مادية هي واقعة الالتصاق . ولا يجوز الخلط ، كما قدمنا ، بين تملك المالك للثمار المتولدة من الشيء وتملكه للشيء التابع بسبب الالتصاق . فملكية الثمار ليست ملكية جديدة ، بل هي ملكية متفرعة عن ملكية الشيء الذي تولدت منه الثمار ، فيمتد حق الملكية من الشيء إلى ثماره . أما الملكية بسبب الالتصاق فملكية جديدة مستقلة عن ملكية الشيء الأصلي ، كسبت بموجب سبب مستقل قائم بذاته هو الالتصاق . فالمالك بالالتصاق قد كسب ، بسبب جديد ، ملكية جديدة . أما مالك الثمار فلم يملكها بسبب جديد بل ملكها بموجب ملكيته الأصلية ، وهذه الملكية الأصلية ذاتها هي التي جعلته مالكا للثمار ، إذ امتدت من الشيء إلى الثمار التي تولدت منه (١) .

(١) أنظر في هذا المعنى أوبري درو ٢ فقرة ١٩٢ ص ٢٦٠ هامش ١ وفقرة ٢٠٢ ص ٣٤٨ هامش ١ - جوسران ١ فقرة ١٦٥٠ - مازو فقرة ١٥٨٩ - بلانيول وريبيروبيكار ٣ فقرة ٢٤٩ وفقرة ٢٥٦ ص ٢٥٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٩ ص ٤٩ هامش ١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٥ ص ٤٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٠ ص ٣٦٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١٣ ص ٢٨٢ - حسن كيرة ص ٥٧ - ص ٥٨ - وانظر عكس ذلك وأن الالتصاق ليس سببا لكسب ملكية جديدة ، وإنما هو واقعة تؤدي إلى إلحاق الشيء التابع بالشيء الأصلي ، فيمتد حق الملكية من الشيء الأصلي إلى الشيء التابع كما يمتد إلى الملحقات من ثمار وغيرها : ديمولومب ٩ فقرة ٥٧٣ - بيداق وفواران فقرة ٣٣٧ ص ٣٥٧ - ص ٣٥٨ - بلانيول وريبيروبولانجييه ١ فقرة ٢٨٣٠ - شفيق شحاته فقرة ٢٢٥ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٠٨ ص ٢٩٠ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٣٠ ص ٤٠ - وانظر في هذه المسألة أنسيكلويدى دالغوز ١ لفظ accession فقرة ٢ - فقرة ٤ .

٩٠ - ما استحدث التقنين المدني الجبرير من الأحكام في الالتصاق :

لم يستحدث التقنين المدني الجديد في الالتصاق إلا قليلا من الأحكام، وقد نقل أكثر أحكام الالتصاق عن التقنين المدني السابق . وتبسط مثله في الأحكام المتعلقة بتملك المنشآت القائمة على الأرض بسبب الالتصاق ، فميز بين صور ثلاث :
فقد يقيم صاحب الأرض منشآت عليها بمواد مملوكة لغيره ، وقد يقيم صاحب المواد منشآت على أرض مملوكة لغيره ، وقد يقيم شخص منشآت بمواد مملوكة لغيره على أرض هي أيضا مملوكة للغير . وصدر التقنين الجديد هذه الصور الثلاث بنص لا مقابل له في التقنين السابق ، إذ قضى بأن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأنه أقامه على نفقته . ويكون مملوكا له . وجعل هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس : فقد يقيم أجنبي الدليل على أنه هو الذي قام بالمنشآت على نفقته بترخيص من صاحب الأرض أو بدون ترخيص ، أو أن المنشآت التي أقامها صاحب الأرض انتقلت ملكيتها إلى الأجنبي (م ٩٢٢ مدني) .
وأهم ما استحدث التقنين المدني الجديد من الأحكام هو ما يأتي :

- ١ - أجاز للقاضي ، عند الحكم بالتعويض للباقي في أرض الغير ، أن يجعل وفاء التعويض له على أقساط دورية (م ٩٢٧ مدني) .
- ٢ - عكس في حالة استثنائية أحكام الالتصاق . فجعل صاحب البناء هو الذي يملك الأرض . وذلك فيما إذا كان المالك الذي يقيم بناء في ملكه قد جاز بحسن نية على جزء صغير من الأرض المجاورة ، فيجبر صاحب الأرض المجاورة على أن يتزل بخاربه عن ملكية الجزء الصغير من الأرض المشغول ببناء الجار ، وذلك في نظير تعويض عادل (م ٩٢٨ مدني)
- ٣ - لم يعمل أحكام الالتصاق في حالة المنشآت الصغيرة التي تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصودا بقاؤها على الدوام ، كالأكشاك والحوانيت والمآوى . فهذه تكون ملكا لمن أقامها ، ولا يملكها صاحب الأرض بالالتصاق (م ٩٢٩ مدني) (١) .

(١) أنظر في كل ذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية

٩١ - أموال الالتصاق : وقد جعل التقنين المدني للالتصاق أحوالا ثلاثا :

- (الحالة الأولى) حالة الالتصاق الطبيعي بالعقار (accession naturelle) وهي حالة التصاق المنقول بالأرض بفعل المياه .
- (الحالة الثانية) حالة الالتصاق الصناعي بالعقار (accession artificielle) ، وهي حالة التصاق المنشآت بالأرض بفعل الإنسان .
- (الحالة الثالثة) حالة التصاق المنقول بالمنقول .

المبحث الأول

الالتصاق الطبيعي بالعقار

(التصاق المنقول بالأرض بفعل المياه)

٩٢ - نصوص قانونية : تنص المادة ٩١٨ مدني على ما يأتي :
« الأرض التي تتكون من طمي يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين » .

وتنص المادة ٩١٩ مدني على ما يأتي :

« ١ - الأرض التي ينكشف عنها البحر تكون ملكا للدولة » .

« ٢ - ولا يجوز التعدي على أرض البحر ، إلا إذا كان ذلك لإعادة حدود الملك الذي طغى عليه البحر » .

وتنص المادة ٩٢٠ مدني على ما يأتي :

« ملاك الأراضي الملاصقة للمياه الراكدة ، كياه البحيرات والبرك ، لا يملكون ما تنكشف عنه هذه المياه من أراضي ، ولا تزول عنهم ملكية ما تغطي عليه هذه المياه » .

وتنص المادة ٩٢١ مدني على ما يأتي :

« الأراضي التي يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها ، والجزائر

التي تتكون في مجراه ، تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها^(١) .
ونقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق م ٦٠-٦٣/٨٤-٨٨^(٢) .
وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المواد ٨٧٩ - ٨٨٤ - وفي التقنين المدني الليبي المواد ٩٢٢-٩٢٥ - وفي

(١) تاريخ النصوص :

م ٩١٨ : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما
استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٠ في المشروع
النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٨ (مجموعة
الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٤ - ص ٣٠٥) .

م ٩١٩ : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما
استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩١ في المشروع
النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٩ (مجموعة
الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٦ - ص ٣٠٧) .

م ٩٢٠ : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما
استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٢ في المشروع
النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٠ (مجموعة
الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٧ - ص ٣٠٨) .

م ٩٢١ : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما
استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٣ في المشروع
النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢١ (مجموعة
الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٩ - ص ٣١٠) .

(٢) التقنين المدني السابق :

م ٨٤ / ٦٠ : ما يحدث من طمى الأنهار على التدرج يكون ملكاً لملك الأرض التي
على ساحل النهر .

م ٦٢ فقرة ٢ / ٨٧ : وأما الأراضي التي ينكشف عنها البحر المالح فتكون ملكاً للميرى .

م ٨٨ / ٦٣ : لا يجوز التعدي على أرض البحر إلا لإعادة حدود المالك إلى ما كانت عليه .

م ٦٢ فقرة ١ / ٨٦ : الطمى الذي يحدث في البحيرات يكون ملكاً لأصحابها .

م ٨٥ / ٦١ : أما الأراضي التي يحولها النهر بقوة جريانه والجزائر التي تتكون فيه

فيتبع فيه منطوق اللائحة الصادر في سنة ١٢٧٤ (٢٤ ذى الحجة ١٢٧٤ هجرية) .

(ونصوص التقنين المدني السابق تنفق في أحكامها مع نصوص التقنين المدني الجديد) .

التقنين المدني العراقي م ١١١٣ - ١١١٦ - وفي قانون الملكية العقارية
البنائي المواد ٢٠٦ - ٢١١ (١) .

ويتبين من هذه النصوص أن الالتصاق الطبيعي بفعل المياه قد يكون
بفعل مياه البحر أو بفعل مياه راكدة في البحيرات والبرك ، وليس في هذه
الحالة مجال للتملك بالالتصاق . وقد يكون بفعل مياه النهر عن طريق تراكم
الطمي ، فالأرض التي تتكون من هذا الطمي تكون ملكا لصاحب الأرض
المجاورة ، وفي هذه الحالة وحدها يقوم الالتصاق سببا لكسب الملكية ،
إذ يملك صاحب الأرض المجاورة الأرض التي تكونت من الطمي بسبب

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٧٩ : إن الطمي ،
أي التراب الذي يتجمع بطريقة تدريجية غير محسوسة على الأرض المجاورة لمجرى ماء ، يكون
ملك هذه الأرض (توافق المادة ٩١٨ مصرى) .
م ٨٨٠ : إن الأراضي التي تتحول عن أماكنها بسبب حادث وقع قضاء إلى أرض
أوطأ منها ، يجوز لمالكها ، إذا كان من الممكن معرفتها ، أن يطالب بها في أثناء السنة التي
تلي الحادث ، وإذا انقضت السنة ولم يدع بها سقط حقه في الادعاء .
م ٨٨١ : إن الجزر الكبيرة والصغيرة التي تتكون بصورة طبيعية في مجرى الأنهر
أو مجارى المياه ، تكون جزءاً من أملاك الدولة الخاصة .
م ٨٨٢ : إن الجزر الكبيرة والصغيرة والطمي التي تتكون في داخل البحيرات ،
وكذلك طمي البحيرات والبحر ، هي جزء من أملاك الدولة الخاصة .
م ٨٨٣ : إن الأراضي المكتسبة من البحر أو البحيرات أو القردان أو المستنقعات
بدون ترخيص مسبق لمكتشفها ، تكون جزءاً من أملاك الدولة الخاصة .
م ٨٨٤ : ١ - إذا اتخذ نهر كبير أو صغير مجرى جديداً بتركه مجراه القديم ، فيحق
لأصحاب العقارات المجاورة الحصول على ملكية المجرى القديم ، كل واحد في القسم الذي يكون
أمام أرضه حتى خط مفترض في وسط النهر . ٢ - يحدد ثمن المجرى القديم خبراء يعينهم
رئيس المحكمة الابتدائية المدنية في منطقة العقار . ٣ - يوزع الثمن الحاصل من هذا البيع بصفة
تمويض على أصحاب الأراضي التي أشغلها المجرى الجديد بنسبة قيمة ماخسر كل واحد منهم
من الأراضي .

(وهذه المواد تقابل المواد ٩١٩ - ٩٢١ مصرى) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٢ - ٩٢٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١١٣ - ١١١٥ (توافق المواد ٩١٨ - ٩٢٠ مصرى) .

م ١١١٦ (توافق م ٨٨٤ سوري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٠٦ - ٢١١ (توافق المواد ٨٧٩ - ٨٨٤ سوري) .

الالتصاق . وقد يحول النهر أرضاً من مكانها إلى مكان آخر ، أو ينكشف عنها ، أو يكون جزراً في مجراه . وهذا ما يسمى بطرح النهر ، فهذه الأراضي جميعاً تخضع لقوانين خاصة ولا تسرى عليها أحكام الالتصاق . فنبحث كلاً من هذه الحالات الثلاث .

٩٣ - فغن مياه البحر والمياه الراكمة والبحيرات والبرك : رأينا

أن المادة ٩١٩ مدني تقضي بأن البحر إذا انحسر عن شاطئه وانكشف عن أرض ، فهذه الأرض تكون من أملاك الدولة الخاصة (١) . وقد قدمنا في الجزء الثامن من الوسيط أن شواطئ البحر تعتبر من الأملاك العامة ، ولكن الأراضي التي تتكون من طمي البحر والأراضي التي تنكشف عنها مياه البحر (les lais et relais de la mer) هي من أملاك الدولة الخاصة لا من أملاكها العامة ، فيجوز للدولة التصرف فيها (٢) .

ومن جهة أخرى إذا طغى البحر على الأراضي المجاورة لشواطئه فغمرها بالمياه ، فإن ملك هذه الأراضي لا يفقدون ملكيتها . وليس من شأن طغيان البحر وهو قوة قاهرة أن يفقد هذه الملكية ، ويجوز لهم أن يعاوا على إعادة حدود أراضيهم التي طغت عليها مياه البحر . ولكن فيما عدا ذلك لا يجوز لهم التعدي على أرض البحر ، لا على شواطئه لأنها من أملاك الدولة العامة ، ولا على الأرض التي ينحسر عنها أو يكونها طميه لأنها من أملاك الدولة الخاصة كما قدمنا .

وكالبحر والبحيرات والبرك والمستنقعات . وقد رأينا أنها من الأملاك العامة للدولة (٣) . وتقضي المادة ٩٢٠ مدني سالف الذكر أن ملك الأراضي

(١) ويمكن تحليل ذلك بأن شاطئ البحر هو من أملاك الدولة العامة ، فتكون الدولة هي المالك المجاور (propriétaire riverain) للبحر ، أما المالك المجاور لشاطئ البحر فإنه ليس مالكاً مجاوراً للبحر نفسه (بودري وشوفو فقرة ٣٩٤) . وقبل صدور التقنين المدني السابق (أي قبل عهد الإصلاح القضائي ، كانت الأرض التي ينكشف عنها البحر تعتبر أرضاً لا مالك لها فكان يمكن تملكها بالاستيلاء لا بالالتصاق) استئناف مخطط ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٦ .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٥٣ ص ١١٩ .

(٣) الوسيط ٨ فقرة ٥٣ ص ١١٨ - وقد تكون البركة أو المستنقع مملوكاً للأفراد ملكية خاصة ، ففي هذه الحالة يملك صاحب البركة أو المستنقع ما ينكشف من أرض ولا يفقد ملكية ما غمر من أرض ، وهذا يدهى لأن نفس البركة أو المستنقع مملوك له .

المجاورة لمجارى هذه المياه الراكدة لا يملكون ما تنكشف عنه من أراض ،
فالأراضى التى تنكشف عنها هذه المجارى هى إذن من أملاك الدولة الخاصة
كالأراضى التى ينكشف عنها البحر فيما قدمنا . كذلك إذا غمرت مجارى هذه
المياه الراكدة الأراضى المجاورة ، فإن ملاك هذه الأراضى لا يفقدون
ملكيتها ، ويستطيعون العودة إلى حيازتها إذا انحسرت عنها المياه . فحكم المياه
الراكدة إذن كحكم مياه البحر ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى
فى هذا الصدد : « والالتصاق بفعل المياه الراكدة كالبحيرات والبرك
يكون بانكشاف هذه المياه عن أرض كانت قد طغت عليها من قبل ،
فترجع لصاحبها . أما إذا انكشفت عن أرض لم تكن مملوكة لأحد ، فإن هذه
الأرض تكون ملكا للدولة . فحكم المياه الراكدة كحكم مياه البحر » (١) .

٩٤ - فعل مياه النهر عن طريق تراكم الطمي (alluvion) :

رأينا (٢) أن المادة ٩١٨ مدنى تنص على أن « الأرض التى تتكون من طمي
يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين » .
ويستخلص من هذا النص أنه يشترط فى تراكم الطمي بفعل مياه النهر أن
يكون الطمي قد جلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة (successivement et
imperceptiblement) (٣) ، فيجب إذن أن يتراكم الطمي على ضفة النهر
وبجانب الأرض المجاورة (٤) متدرجا فى خلال مدد طويلة متعاقبة وعلى وجه
غير محسوس (٥) . أما إذا حول النهر فجأة ، بفعل قوة الفيضان غير العادى ،
أرضا من مكانها إلى مكان آخر ، فليس هذا تراكم الطمي التدريجى غير

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٩٢ .

(٣) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٤ - ٨ فبراير سنة ١٩٢٧ م

٣٩ ص ٢٢٢ .

(٤) أوبجانب جزيرة أصبحت هى نفسها ملكاً خاصاً لأحد الأفراد (استئناف مختلط

٢ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٣٢) .

(٥) أما الطمي الذى يتكون من المصارف ويتخلف فيها بسبب عدم تطهيرها مدة
طويلة ، فهذه لا يجوز لمالك الأرض المجاورة أن يملكها بالالتصاق ، بل يرجع الحكم فى
ملكيتها إلى القواعد العامة (استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ الهامة ٨ رقم ١٥ ص ٣٨) .

المحسوس (alluvion) وإنما هو طرح النهر (avulsion) ، ولا تكون الأرض المنتزعة ملكاً للملاك المجاورين بطريق الالتصاق ، وإنما تكون من الأملاك الخاصة للدولة وتسرى عليها أحكام القوانين الخاصة بها كما سيجىء . وإذا كان يشترط في تراكم الطمي أن يكون غير فجائي ، فإن هذا لا يمنع من أن يكون ظهوره فجائياً . فقد يتراكم الطمي على مدى السنين بطريقة تدريجية غير محسوسة ولكنه يكون مغطى بالماء غير ظاهر . ثم يزيد تراكم الطمي فتظهر الأرض المتكونة منه فجأة فوق الماء ، وتصبح مملوكة للملاك المجاورين بطريق الالتصاق (١) . ويجب أن تعلو الأرض المتكونة من الطمي أعلى منسوب المياه في أشد وقت من أوقات فيضان النهر (٢) ، وإلا بقيت جزءاً من مجرى النهر . وذلك بشرط أن يكون الفيضان عادياً (٣) فلا يعتد بتغطية المياه للأرض في أثناء الفيضانات غير العادية . ويستوى أن يكون تراكم الطمي قد نشأ من فعل مياه النهر بطبيعتها (٤) ، أو أن يكون هذا التراكم قد جاء نتيجة لأعمال قام بها الملاك المجاورون أو الغير على ضفتي النهر (٥) . ويجب أخيراً أن تكون الأرض المتكونة من الطمي قد تكونت ملاصقة ل الضفة

(١) استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٢٢ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٣٥٣ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه يشترط أن تكون الأرض المنتصقة نتيجة لطمى قد بلغت من الارتفاع حداً يجاوز منسوب ارتفاع المياه في وقت الفيضان العادى (نقض مدنى ١١ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢٢ ص ١٤٨) . وانظر استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٣٢ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٤ ص ٤٣ - حسن كيرة ص ٦١ .

(٤) ولو بتحول سير المياه دون أن يترك النيل مجراه (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٠) . وإذا ادعت الحكومة أن الزيادة هي طرح النهر فيكون لها ، وليس تراكم طمي فيكون للجار ، فعلها هي عبء الإثبات (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٠٨ ص ١٠٨) .

(٥) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٣٥١ - ص ٣٥٢ - بودزى وشوفو فقرة ٣٨٣ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٨ ص ٢٥٩ - استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٤٢ - نقض فرنسى ١٥ فبراير سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٦ - ١ - ١١٨ .

ولكن لا يجوز أن تكون هذه الأعمال قد قام بها المالك بقصد ترسيب مياه النهر للإسراع في عملية تراكم الطمي ، كأن يضع رؤوساً من الأحجار أو الأخشاب في مجرى النهر تساعدت

النهر ، فاذا حال بينها وبين ضفة النهر جسر مجرى عام^(١) ، أو كانت المياه لا تزال تجري بينها وبين ضفة النهر ، فانها لا تخضع لأحكام الالتصاق^(٢) ومتى توافرت الشروط المتقدمة الذكر ، فان الأرض المتكونة من الطمي تصبح ملكاً للمالك الأرض المجاورة لها وذلك بطريق الالتصاق ، وهذه هي الصورة الوحيدة للتملك بالالتصاق بفعل المياه كما سبق القول . ويلاحظ أن الأرض المتكونة من الطمي كانت قبل أن تلتصق بصفة النهر طمياً من أملاك الدولة العامة ، فأصبحت بالالتصاق ملكاً خاصاً للمالك الأرض المجاورة . ولا يلتزم هذا المالك بدفع تعويض للدولة . وعلى ذلك يكون الالتصاق قد نقل الشيء من الملك العام للدولة إلى الملك الخاص لصاحب الأرض المجاورة^(٣) دون تعويض^(٤) ، وهنا أيضاً تكون هذه الحالة هي الحالة الوحيدة التي يتملك فيها صاحب الشيء الأصلي بالالتصاق الشيء التابع دون أن يدفع تعويضاً لصاحب هذا الشيء التابع^(٥) .

= على تجميع الطمي ، فان هذا يكون تعدياً على مجرى النهر ولإدارة أن تمنعه ، ويكون الطمي هنا ملكاً للدولة (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٣٥١ هامش ٧ - محمد كادل مرسى ٣ فقرة ٤٣ ص ٥٤٩ - شفيق شحاتة فقرة ٢٢٨ ص ٢٣٧ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢١٢ ص ٢٩٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٢ ص ٣٦٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١٥ ص ٢٨٤ - حسن كيرة ص ٥٧ - نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٣ ص ١١٠٩ - استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٧) .

(١) نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٣ ص ١١٠٩ .
(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٣٥٠ - ص ٣٥١ - وقد قضى بأنه يشترط في طمي النهر أن يظهر فوق أعلى منسوب تجري النهر وقت فيضانه العادي ، وأن يكون ملتصقاً بأرض المالك على ساحل النهر ، وأن يتكون بالتدريج وبطريقة غير محسوسة دون أن يكون لأعمال الحكومة دخل في تكوينه (مصر الكلية ٢٣ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٧٦ ص ٣٩٦) .
(٣) أنظر آنفاً فقرة ٨٩ .

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الزيادة التي تحدث من طمي الأنهار على التدريج تكون ملكاً للمالك الأرض التي على الساحل ، فاذا وضع المالك يده على تلك الزيادة ونازعته الحكومة في ملكيتها بدعوى أنه استأجرها بمقد وقعه ، فلا يكون ذلك سبباً لحرمانه من ملكيتها القانونية متى تبينت المحكمة أن أحوالاً اضطرارية اقتضت ذلك التوقيع . ومن ثم يجب الحكم له بالملكية . بصرف النظر عن توقيعه عقد الإيجار (استئناف مصر ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١١٦ ص ١٨٧) .

(٥) وإذا أرادت الحكومة أن تظهر النهر بازالة ما يتراكم من الطمي على ضفتيه ، فان كان الطمي قد تكون أرضاً وأصبح ملكاً خاصاً لصاحب الأرض المجاورة ، لم تستطع الحكومة أن تزِيل هذه الأرض بدعوى أنها كانت طمياً قبل ذلك وكان مملوكاً لها ، بل يجب عليها أن تتخذ إجراءات نزع الملكية . أما إذا كان الطمي لم يتكون بعد ، فان الحكومة تستطيع أن تزِيله قبل أن يكتمل تكوينه (محمد كامل مرسى ٣ رقم ٤٤ ص ٥٧ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٢ ص ٣٦٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١٥ ص ٢٨٤ - حسن كيرة ص ٦١) .

وإذا تعددت الأراضي المجاورة للأرض التي تكونت من الطمي على النحو سالف الذكر ، واختلف ملاكها ، تملك كل مالك منهم الجزء المقابل لأرضه ، أي الجزء الواقع بين مستقيمين عموديين مقامين على جهة النهر من نهايتي كل أرض (١) .

٩٥ - طرح النهر وأكرو : رأينا (٢) أن المادة ٩٢١ مدني تنص على أن « الأراضي التي يحولها النهر من مكانها . أو ينكشف عنها . والجزائر التي تتكون في مجراه » تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها . ويستخلص من هذا النص أن النهر . في أوقات فيضانه الشديد ، قد يحول جزءا من الأرض عن مكانه إلى مكان آخر . في نفس الضفة أو في الضفة المقابلة . وقد ينكشف النهر عن أرض كانت جزءا من مجراه ، ويغمر أرضا أخرى فتتحول مجرى له . وقد يكون الطمي في وسط مجراه جزرا ترتفع عن أعلى منسوب المياه ، فتظهر أرضا في وسط الماء الذي يحيطها من جميع الجهات . وقد تتكون هذه الجزر عن طريق تحويل النهر أرضا من مكانها والقذف بها في وسط المجرى ، فتعلو على منسوب المياه وتصبح جزرا في مجرى النهر . وهذه العمليات جميعا - تحويل الأرض من مكانها والانكشاف عنها وتكوين الجزر - تتضمن ظهور أرض جديدة في مكان لم تكن فيه وهذا ما يسمى بطرح النهر ، واختفاء أرض عن المكان الذي كانت فيه من قبل وهذا ما يسمى بأكل النهر .

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٥ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٨ ص ٢٥٩ - ومتى تملك صاحب الأرض الملاصقة الطمي على النحو سالف الذكر ، فإن هذا الجزء يعتبر جزءا لا يتجزأ من أرضه ، وتمتد إليه الحالة القانونية التي للأرض الأصلية . فإذا كانت هذه الأرض مثقلة برهن أو امتياز أو حق ارتفاق أو حق انتفاع أو بتكليف عيني آخر ، امتد هذا التكليف إلى الطمي . وإذا كان صاحب الأرض الأصلية في طريقه إلى تملكها بالتقادم ثم تملكها بهذا السبب ، فإنه يملك معها الطمي حتى ولو لم تكتمل مدة التقادم بالنسبة إلى هذا الطمي (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٥ ص ٤٤) . وإذا بيعت الأرض تحت شرط واقف ، وقبل تحقق الشرط حدثت الزيادة ، فهذه الزيادة عند تحقق الشرط تكون للمشتري دون زيادة في الثمن . وكذلك إذا بيعت الأرض تحت شرط فاسخ ، وقبل تحقق الشرط حدثت الزيادة ، فإن الأرض عند تحقق الشرط تعود بالزيادة التي التصقت بها للبائع دون مقابل (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥ ص ٤١) .

(٢) أنظر آغا فقرة ٩٢ .

وتقضى المادة ٩٢١ مدني ، كما رأينا ، بأن ملكية الأراضي التي يشتمل عليها طرح النهر تخضع لأحكام القوانين الخاصة بها . وهذه القوانين الخاصة تسرى أيضا ، بطريق التلازم ، على أكل النهر . وقد تعاقبت هذه القوانين الخاصة ، يأتي قانون بعد آخر يلغيه ويحل محله . وأولها اللائحة السعيدية الصادرة في ٢٤ ذي الحجة سنة ١٢٧٤ هجرية (سنة ١٨٥٨ ميلادية) (١) . وتلاها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ (٢) . ثم تلاه القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ .

(١) وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لأحكام اللائحة السعيدية ، بأن تعتبر أطيان الجزائر (طرح البحر) عملاً ينص المادة ٦١ من القانون المدني القديم وينصوص اللائحة السعيدية الصادرة في ٢٤ من ذي الحجة سنة ١٢٧٤ هـ مملوكة أصلاً للحكومة ، ولا تنتقل ملكيتها إلى الأفراد إلا بتوزيعها عليهم أو بيعها إليهم بالمزاد . وإذن فإن الحكم المطعون فيه ، إذ سجل عجز مورث الطاعنين عن إثبات تملكه هذه الأطيان بأي سبب من أسباب التملك ، يكون قد أقام قضاءه بملكية الحكومة لها وبرفض دعوى المورث المذكور على أساس يكفي لحمله (نقض مدني ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٣ رقم ٢٠) .

وقضى أيضاً ، تطبيقاً لللائحة السعيدية . بأن الحق في مطالبة الحكومة بقيد أكل البحر في المكلفات ينشأ من التاريخ الذي يقع فيه أكل البحر . ويسقط بمضي ١٥ سنة (استئناف أسنوط ١٨ مايو سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٤١ ص ٣٣١) . وقضى ، تطبيقاً لنفس اللائحة ، بأنه وإن كانت المادة ١٤ من اللائحة السعيدية قضت بأن الأطيان الناتجة من طرح البحر يستوي منها الملاك من أهل البلاد المجاورة لتلك الأطيان ماسبق أن أكله البحر من أطيانهم ثم يباع ما يكون زائداً لأهالي تلك البلاد وبطريق المزاد ، إلا أن هذا النص لا يمنع الحكومة من تأجير تلك الزيادة بدل بيعها . فإن إعطاء الحكومة الحق في بيع تلك الأطيان بعد استيفاء عجز أطيان الأهالي معناه أن هذه الزيادة تعتبر ملكاً للحكومة ، ومتى كانت الملكية مقررة للحكومة فانه كما يكون لها بيعها يكون لها تأجيرها (استئناف وطني ٨ مايو سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٩٢ ص ١٦٩) .

أنظر في نصوص اللائحة السعيدية محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٥٠ ص ٦٥١ هامش ١ . (٢) وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لأحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ ، بأن انقول بأنه إذا صدر قرار من وزير المالية بتوزيع طرح البحر مخالفاً لنصوص القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ وجب على المحاكم عدم الاعتداد به لمخالفته نص المادة ٩ من الدستور التي تقضي بالآل ينزع من أحد ملكه إلا للمنفعة العامة وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً ، هذا القول مردود بأن الأطيان التي يطفى عليها البحر تزول ملكيتها قانوناً بمجرد أكل البحر ، وبأن أطيان طرح البحر لا تعتبر مملوكة لمن أكل البحر من أطيانهم إلا بعد توزيعها عليهم من الدولة التي تعتبر المالكة قانوناً لأحكام الطرح بمجرد ظهورها . وعلى ذلك لا يكون قرار وزير المالية بالتوزيع متضمناً نزع ملكية أي شخص من ملكه (نقض مدني ١٦ ديسمبر مجموعة

ثم القانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٧ ، فالقانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ (١) .
وقد ألغى هذا القانون الأخير بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ الخاص بتنظيم
تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها ، وهو القانون
المعمول به الآن ، وقد أفرد الباب الثاني منه للأحكام الخاصة بطرح النهر

=المكتب الفني لأحكام النقص في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٣ رقم ٢٢) . وقضت أيضاً بأنه
مضى صار توزيع طرح البحر على أربابه شيوعاً فيما بينهم بمقتضى قرار وزير المالية طبقاً
للنانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ ، كان هذا القرار سنداً بملكية الشركاء ومصدراً للشيوع فيما
بينهم . ولا تكون هناك صلة لهذه الملكية بملكيته التي أكلها البحر ، والطرح الجديد يصبح
منذ ظهوره ملكاً للدولة حتى يوزع على أربابه طبقاً لشروط القانون (نقض مدني ١٣ ديسمبر
سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقص ٧ رقم ١٤١) . وقضت كذلك بأن تعتبر أراضي طرح
البحر ، وفقاً لنصوص المادتين ٢ و ١٠ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ ، من أملاك الدولة
التي توزع بقرار من وزير المالية غير قابل للمعارضة فيه . ويعتبر هذا القرار سنداً للملكية
له قوة العقد الرسمي . وهذه النصوص إنما تسري على أراضي «الميرى» الخاصة المتخلفة عن
طرح البحر ، ولا شأن لها بالأملاك العامة . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد نفي تخلف الأجزاء
المطالب بمقابل الانتفاع بها عن طرح البحر ، لوقوعها في مجرى النهر المعتبر من الأموال العامة
التي لا يجوز تملكها أو التصرف ، فإنها لا تكون مجلاً لصدور قرار من وزير المالية
بتوزيعها ، ولا قرار من جهة الإدارة بإضافتها إلى الملك الخاص للأفراد . وصدور مثل هذا
القرار لا يكون مستنداً إلى القانون ، ويكون من حق جهة الإدارة العلول عنه (نقض مدني
٢٤ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقص ١٣ رقم ١٠٥ ص ٧٠٦) .

(١) وكانت القاعدة المتبعة منذ اللائحة السعيدية هي أن الحكومة تقوم بتوزيع طرح
النهر على أصحاب أكل النهر . وظلت هذه القاعدة معمولاً بها مع اختلاف في تفصيلات
التنظيم إلى أن صدر قانون سنة ١٩٥٧ ، فاستحدث هذا القانون قاعدة جديدة هي تعويض أصحاب
الأكل تعويضاً نقدياً لا تعويضاً عينياً . وبقيت هذه القاعدة الجديدة معمولاً بها في قانون سنة
١٩٥٨ ، وأنشئت بموجب المادة ٥ من هذا القانون «مؤسسة صندوق طرح النهر وأكله»
تتولى بيع أراضي الطرح بعد فترة انتقالية تؤجر فيها هذه الأراضي لصغار الفلاحين . ومن
ثم بيع هذه الأراضي يعوض أصحاب الأراضي المأكولة ، ومقدار التعويض هو خسون
مثلاً من ضريبة الأقطان .

وقد ألغيت «مؤسسة صندوق طرح النهر وأكله» بقرار من رئيس الجمهورية رقم ١٨٣
لسنة ١٩٦٢ ، وأحيلت أعمالها على الإدارة العامة للأملاك وطرح النهر . ثم أدمجت هذه الإدارة
في الهيئة العامة للإصلاح الزراعي بقرار من رئيس الجمهورية رقم ١٥٨٦ لسنة ١٩٦٣ ،
وأصبح لمجلس إدارة الهيئة الاختصاصات التي كانت مقررة لمجلس إدارة صندوق طرح النهر
وأكله .

وأكله ، فتقف عنده وحده ، وتستعرض في إيجاز هذه الأحكام (١) .

يعتبر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ مملوكا للدولة ملكية خاصة « أراضي طرح النهر » ، وهي الأراضي الواقعة بين جسر نهر النيل وفرعيه التي يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها والجزائر التي تتكون في مجراه « (م ٢-١) . وتفصل المادة ١١ من نفس القانون هذا الحكم ، فتنص على أن « يكون طرح النهر من الأملاك الخاصة للدولة . وتتولى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي حصر مقدار طرح النهر وأكله في كل سنة ، وذلك بعد عمل المساحة بالاشتراك مع الجهات الإدارية المختصة بوزارة الخزانة والمحافظات . ويصدر قرار من وزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي أو من ينييه بتحديد تاريخ حدوث طرح النهر وأكله وحصر مقداره سنويا ، ويودع هذا القرار في مكتب الشهر العقاري المختص بغير رسوم . ويترتب على هذا الإيداع آثار الشهر القانونية » (٢) . وتبدأ الإدارة بتأجير أراضي الطرح إلى أن تتمكن من بيعها ، ويكون التأجير طبقا لأحكام المادة ٥ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فتؤجر في حدود سبعة أمثال الضريبة الأصلية المقدرة لها أو على أساس أجره المثل . ثم تباع هذه الأراضي طبقا للأحكام المقررة في التصرف في الأراضي الزراعية بموجب القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فتوزع على صغار الفلاحين طبقا لأحكام قانون

(١) وقد ألغى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ (م ٨٦) أيضاً قرار رئيس الجمهورية رقم ١٣٨٥ لسنة ١٩٥٨ الخاص بالشروط والأوضاع اللازمة لبيع طرح النهر لصغار المزارعين . (٢) وقد قدمنا أنه قبل صدور قانون سنة ١٩٥٧ كانت القاعدة المتبعة هي توزيع أراضي طرح النهر توزيعاً عينياً على أصحاب أكل النهر ، ويتم التوزيع بنسبة تتعادل بين ما أكل وما طرح . ويصدر بالتوزيع قرار من وزارة المالية . ويجب تسجيل هذا القرار ، ويترتب على تسجيله نقل الملكية لمن وزع الطرح عليهم وإمكان التصرف في الأراضي الموزعة . وتسجيل القرار غير واجب قبل نفاذ قانون الشهر العقاري ، فإن هذا القانون هو الذي أوجب شهر التصرفات الإدارية التي تتناول حقوقاً عينية عقارية ، وليس له أثر رجعي . ولا أثر رجعي كذلك للقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ ، وتنص المادة العاشرة منه على أن يوزع طرح البحر بقرار من وزير المالية ، ويكون سنداً له . قوة العقد الرسمي ، ويسجل بدون رسم (نقض ملف ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٤ رقم ٢٤) .

الإصلاح الزراعي (م ١/٨ من القانون رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٦٤) (١) . ولا يدخل في الأراضي التي توزع أراضي طرح النهر غير الثابت التي لم يخصص على ظهورها سندان ، وكذلك الأراضي الواقعة في أسفل ميول الطرح الواسطي التي لا تنحسر عنها المياه حتى أول شهر فبراير من كل سنة ، وذلك حتى تستقر هذه الأراضي وتثبت صلاحيتها للتوزيع وفقاً لحالتها على الطبيعة ووصفها الوارد في سجلات قوائم الحصر والمساحة (م ٢/٨ من قانون سنة ١٩٦٤) (٢) . ويعوض أصحاب أكل النهر تعويضاً نقدياً ، بما يعادل خمسين مثلاً من الضريبة العقارية المفروضة على الحياض الواقعة بها أكل النهر وقت حدوثه . وإذا لم تكن هذه الحياض قد ربطت عليها ضريبة وقت صدور الأكل أو إذا تعذر تحديد الحوض الواقع فيه الأكل ، كان تقدير التعويض على أساس متوسط الضريبة المفروضة وقت الأكل على حياض أراضي الجزائر الملاصقة للنيل في البلدة الواقعة في زمامها الأكل (م ١٤/١ من قانون سنة ١٩٦٤) (٣) . ولا يجوز التصرف في حق التعويض عن أكل النهر ، ويقع باطلاً كل تصرف يتم بالمخالفة لهذا الحكم (م ٢/١٤ من قانون سنة ١٩٦٤) . وترفع الضرائب العقارية عن الأراضي التي يأكلها النهر ابتداء من أول شهر يناير التالي لتاريخ حدوث الأكل ، وتربط على أراضي طرح النهر التي توزع أو تباع الضريبة العامة للحوض الذي تقع فيه ابتداء من أول يناير التالي لتاريخ تسليمها إلى المتصرف إليه فيها (م ٢٠ من قانون سنة ١٩٦٤) .

(١) ويجوز على سبيل الاستثناء ، طبقاً لأحكام المادة ١٠ من قانون سنة ١٩٦٤ ، بيع أراضي الطرح بطريق الممارسة في حدود خمسة أفدنة لكل مشتر ، إلى طوائف معينة حددتها المادة ١٠ المذكورة . وتحدد اللائحة التنفيذية لقانون سنة ١٩٦٤ مراتب الأولوية في الشراء بين هذه الطوائف ، والشروط الواجب توافرها في المتصرف إليهم ، وقواعد تقدير ثمن الأراضي المتصرف فيها ، وشروط أداء هذا الثمن ومدته وفوائده ، وسائر أحكام البيع الأخرى . (٢) وتنص المادة ١٣ من قانون سنة ١٩٦٤ على أن « لوزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي أن يصدر قراراً بتخصيص طرح النهر المتصل بمراسي المعادي المقررة أو بمواقع الموارد أو اللزوم لمشروع عام لمنفعة تلك المراسي أو الموارد أو هذا المشروع العام ، بناء على طلب الوزارة المختصة . وإذا أبطل المرسى أو المورد أو المشروع العام ، جاز التصرف في هذا الطرح طبقاً لأحكام هذا القانون » .

(٣) انظر في إجراءات إعطاء التعويض لأصحاب أكل النهر المواد ١٥ - ١٨ من قانون

وتختص اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي بالفصل في المنازعات المتعلقة بتوزيع طرح النهر والتعويض عن أكله . وتكون القرارات الصادرة من هذه اللجنة نهائية وغير قابلة لأي طعن بعد التصديق عليها من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي ، وتنفذ بالطريق الإداري (م ٢١ من قانون سنة ١٩٦٤) .

المبحث الثاني

الالتصاق الصناعي بالعقار (التصاق المنشآت بالأرض بفعل الإنسان)

٩٦ - مالك الأرض يعتبر مالكا للمنشآت التي فيها - نص قانونه :
تنص المادة ٩٢٢ مدني على ما يأتي :

- « ١ - كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى ، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكا له » .
- « ٢ - ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبيا قد أقام هذه المنشآت على نفقته ، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل ، أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية ، وفيما عدا أن المشروع التمهيدى في الفقرة الثانية ورد فيه عبارة « على الأرض » بعد عبارة « كانت قائمة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٩٤ في المشروع النهائى ، بعد تعديلات لفظية . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٩١ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « على الأرض » الواردة في الفقرة الثانية « لأن المنشآت قد تكون على الأرض أو تحتها » ، فصار النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ٩٢٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١١-ص ٣١٣) . ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن جرت بعض الأحكام على هذا المبدأ (استئناف مخطط ٥ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٦) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري	م ٨٨٦ (موافق) .
التقنين المدني الليبي	م ٩٢٦ (مطابق) .
التقنين المدني العراقي	م ١١١٧ (موافق) .
قانون الملكية العقارية اللبناني	م ١١٣ (موافق) .

ويتبين من النص المتقدم ، في فقرته الأولى ، أن المشرع قد وضع قرينة قانونية تقضى بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى ^(١) يعتبر من عمل صاحب الأرض ، وأنه هو الذى أنشأه على نفقته ، ومن ثم يكون مملوكا له . وتستند هذه القرينة القانونية إلى مبدأ عام سبق أن بسطناه عند الكلام فى حق الملكية فى الجزء الثامن من الوسيط ، وتقرره المادة ٢/٨٠٣ مدنى إذ تقول : « وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد فى التمتع بها ، علوا أو عمقا » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص الأخير : « ملكية الأرض تشمل السطح وما فوقه علوا وما تحته عمقا إلى الحد الذى يصلح للاستعمال . . . وتأسيسا على هذا المبدأ أورد المشروع نصين . . . يقرر فى الثانى أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض ، أقامه على نفقته ويكون مملوكا له » ^(٢) . وعلى ذلك إذا قامت منشآت فوق الأرض أو تحتها ، فالمفروض أنها مملوكة لصاحب الأرض وأنه هو الذى أقامها على نفقته ، ولا يجوز فى خصومة بينه وبين شخص آخر يدعى ملكية هذه المنشآت أن يطالب باقامة الدليل على ذلك . كذلك إذا رفع شخص دعوى استحقاق على الحائز لأرض أقيم فيها منشآت ، وقدم الدليل على ملكيته للأرض ، فهذا الدليل وحده يكفى لافتراض أنه يملك المنشآت أيضا دون أن يطالب باقامة دليل غير الدليل الذى قدمه على ملكيته للأرض .

(١) ومثل المنشآت الأخرى غير البناء والغراس أن تقام فى الأرض آلات أو مضخات أو أحواض تلتصق بها وتصبح عقارا بطبيعته ، ويمكن نزعها من الأرض وإعادة الأرض إلى أصلها . وكالمنشآت التى تقام فوق الأرض المنشآت التى تستحدث تحتها ، كالأنفاق والمواسير والسرايب وما إليها . ولا تدخل فى المنشآت المحاصيل الزراعية الثورية ، لأن مصيرها للحصاد فلا تبقى فى الأرض على سبيل الاستقرار والنوام . وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود بالمنشآت هو البناء والغراس الحادث فى الأرض على سبيل النوام ، فلا تدخل المحاصيل الزراعية الثورية لما لها من نهاية معلومة (نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٠ ص ٦٣٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧ - ص ١٨ .

ويتبين كذلك من النص سالف الذكر ، في فقرته الثانية ، أن القرينة القانونية التي أقامتها الفقرة الأولى على النحو المتقدم قرينة قابلة لإثبات العكس. فيجوز للخصم الذي يدعى ملكية المنشآت دون الأرض أن يدحض هذه القرينة القانونية بتقديم الدليل على أن المنشآت مملوكة له ، فيقع عبء الإثبات عليه دون صاحب الأرض (١) . ويجوز له أن يثبت ملكيته للمنشآت أيا كانت قيمتها بجميع الطرق ويدخل فيها البيئة والقرائن ، إذا كانت الواقعة التي يدعيها سببا لكسب هذه الملكية واقعة مادية لا تصرفا قانونيا ، كما إذا ادعى أنه هو الذي أقام المنشآت على نفقته . أما إذا ادعى أن سبب كسب ملكيته للمنشآت هو تصرف قانوني ، كما إذا ادعى أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض يخوله ملكية المنشآت أو يخوله الحق في إقامة المنشآت وتملكها ، فلا يجوز له أن يثبت هذا التصرف القانوني إلا وفقا للقواعد المقررة في إثبات التصرفات القانونية ، أي بالكتابة أو بما يقوم مقامها فيما يتجاوز قيمته عشرة جنيهات .

ونرى من ذلك أن الدليل العكسي الذي يقدمه من يدعى ملكية المنشآت إما أن يكون تصرفا قانونيا أو واقعة مادية . وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ مدني سالفه الذكر صراحة ، كمثل للتصرف القانوني ، أن يقيم أجنبي الدليل على أن صاحب الأرض قد خوله ملكية المنشآت . ويتحقق ذلك إذا أثبت الأجنبي أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض على أن يمتلك الأجنبي الأبنية القائمة فوق سطح الأرض أو المشيدة تحت السطح ، بطريق الشراء أو بأي تصرف آخر ناقل للملكية . كذلك يستطيع الأجنبي أن يثبت أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض يخوله الحق في إقامة المنشآت وتملكها ، فيكون هو لا صاحب الأرض الذي أقام المنشآت على نفقته وتملكها بموجب هذا الاتفاق . وتنص المادة ٨٠٣/٣ مدني تأكيداً لذلك : « ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا

(١) نقض مدني ٥ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٢٨ ص ١٠١٩ .

الصدد : « ويجوز بالاتفاق تملك ما فوق السطح أو ما تحته مستقلاً عن السطح نفسه ولا يعتبر هذا الاتفاق مخالفاً للنظام العام ، وما . . حق الحكر وحق التعلّي إلا ضروب مختلفة من ملكية ما فوق السطح » (١) . ويلاحظ أنه إذا تملك الأجنبي المنشآت القائمة في الأرض بموجب اتفاق بينه وبين صاحب الأرض ، فإنه لا يكون هناك مجال لإعمال حكم الالتصاق كسبب لكسب الملكية ، وتبقى ملكية الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها كما يقول النص ، ولا يحق لصاحب الأرض أن يطالب بملكية المنشآت عن طريق الالتصاق على خلاف الاتفاق الذي تم بينه وبين صاحب المنشآت . وأجازت الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ مدني سالف الذكر صراحة أيضاً ، كمثل للواقعة المادية ، أن يقيم الأجنبي الدليل على أنه هو الذي أقام المنشآت على نفقته دون سابق اتفاق مع صاحب الأرض . ولكن هنا يقوم الالتصاق سبباً لكسب الملكية ، ومتى أقام الأجنبي الدليل على أنه هو الذي أقام المنشآت على نفقته ، فإن صاحب الأرض يملك المنشآت بالالتصاق (٢) في مقابل دفع تعويض للأجنبي .

٩٧ - صور تملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق :

وإذا أقام الأجنبي الدليل على أنه هو الذي أقام المنشآت على نفقته ، أو أقام الدليل على أن صاحب الأرض هو غير صاحب المنشآت لأن الأجنبي هو الذي كان يملك المواد التي أقيمت المنشآت بها ، فلا يخلو ذلك من أن يكون في إحدى صور ثلاث :

الصورة الأولى : أن يكون صاحب الأرض هو الذي أقام المنشآت في أرضه بأدوات مملوكة للأجنبي ، فيكون صاحب الأرض هو الباني (٣) بأدوات غيره .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن ملكية الأرض تستتبع ملكية ما يقام على هذه الأرض من مبان بحكم الالتصاق (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٥٤٥) .

(٣) نقول « الباني » تغليباً للفرض الراجح ، فقد تكون المنشآت غراساً أو شيئاً آخر غير البناء والغراس كما سبق القول ، ولكن الغالب أن تكون المنشآت بناء . والأحكام التي سنوردّها في شأن البناء تسري على الغراس والمنشآت الأخرى .

الصورة الثانية : أن يكون الأجنبي هو الذى أقام المنشآت فى الأرض بمواد مملوكة له ، فيكون صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره .
 الصورة الثالثة : أن يكون الأجنبي هو الذى أقام المنشآت فى الأرض بمواد مملوكة لشخص ثالث ، فيكون البانى قد بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « بعد أن قررت المادة . . قرينة فى صالح مالك الأرض هى أنه مالك لما فوقها وما تحتها ، أصبح عبء الإثبات على من يدعى ملكية بناء أو غراس أو منشآت أخرى والأرض ليست له . فاذا أقام الدليل على أن صاحب الأرض هو غير صاحب المنشآت ، فلا تخلو الحال من أحد فروض ثلاثة : إما أن يكون صاحب الأرض هو البانى بأدوات غيره ، وإما أن يكون صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره ، وإما أن يكون البانى قد بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره » (١) . وفى هذه الصور الثلاث جميعا يملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق ، سواء كان هو الذى بنى بمواد غيره فى أرضه ، أو كان البانى أجنبيا قد بنى فى أرضه بمواد مملوكة للأجنبي أو مملوكة لشخص ثالث . وفى جميع الأحوال يجب على صاحب الأرض ، فى مقابل تملكه للمنشآت ، أن يعرض صاحبها وفقا للأحكام التى سيأتى بيانها ، وهى أحكام تقوم فى أساسها على مبدأ الإثراء بلا سبب (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٩ - ص ٣٣٠ .

(٢) ويستوى فى كل ذلك أن تكون الأرض ملكاً أو وقفاً ، وقد أُلغى الوقف على غير الخيرات بموجب المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، ولكن بقى الوقف على الخيرات . وقد قضت محكمة النقض بأن النزاع فيما زاده واضح اليد فى الأرض الموقوفة من مثل بناء أو شجر هونزاع فى أمر مدنى محض خاضع لأحكام القانون المدنى لا لأحكام الشريعة الإسلامية (نقض مدنى ٧ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٥٦) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا بنى شخص فى أرض موقوفة وهو يعتقد أنها ملكه لأنها آلت إليه بطريق الشراء من تملكها كذلك بالشراء ، اعتبر بناؤه حاصلًا دون غش بالمعنى الوارد فى المادة ٦٥ مدنى (استئناف مصر ١٦ يونيه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٠٧ ص ٣٦٩ - وانظر أيضاً استئناف وطنى ٢١ يناير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٤ ص ٨٤) . وقضى بأن للواقف البانى فى ملك الوقف حق التصرف فى بنائه ، كما له حق القرار . ولا حق بلجهة الوقف سواء =

وقبل أن نعرض بالتفصيل لكل من الصور الثلاث التي قدمناها لكسب صاحب الأرض للمنشآت بطريق الالتصاق ، نذكر أنه يجب لتحقيق الالتصاق سببا لكسب ملكية المنشآت أن تكون هذه المنشآت قد اندججت في الأرض

= في خيار إبقاء المبنى ودفع قيمتها مستحقة الهلم أو مازاد من ثمن العقار الموقوف بسبب إنشائها ، أو في طلب إزالتها إذ هذا الحق يكون للوقف في بعض الصور في حالة ما إذا كان الباني غير الواقف (استئناف مصر ٦ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٨ ص ٥٣٦) . وإذا أقيمت المنشآت في أرض الوقف من ناظر الوقف أو من أحد المستحقين ، فانه يرجع في ذلك إلى قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ وإلى أحكام الشريعة الإسلامية ، لأن الأمر يكون متعلقاً بنظام الوقف نفسه . وقد قضت محكمة النقض بأن بناء الناظرة من مالها الخاص في عين موقوفة هي المستحقة الوحيدة لها طول حياتها لا تحكمه قواعد القانون المدني ، بل إن قواعد الشريعة الإسلامية هي الواجبة التطبيق في هذا الصدد (نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٠٧) . ففيما يتعلق بناظر الوقف ، إذا احتاجت أعيان الوقف إلى العمارة - ويدخل في العمارة أن تبنى في الأرض بيوت لتستغل وتصبح في حكم الدور الموقوفة : محمد أحمد فرج السهوري في قانون الوقف جزء ٢ سنة ١٩٤٩ فقرة ٦٩٦ ص ٩٢٤ - فان أحكام المادتين ٥٤ و ٥٥ من قانون الوقف هي التي تسرى . وتنص المادة ٥٤ من هذا القانون على أن « يحتجز الناظر كل سنة ٢,٥٪ من صافي ريع مباني الوقف ينحصر لعمارتها ويودع ما يحتجز خزانة المحكمة ، ويجوز استغلاله إلى أن يحين وقت العمارة ، ولا يكون الاستغلال والصرف إلا بأذن من المحكمة - أما الأراضي الزراعية فلا يحتجز الناظر من صافي ريعها إلا ما يأمر القاضي باحتجازه ، للصرف على إصلاحها أو لإنشاء وتجديد المباني والآلات اللازمة لإدارتها أو للصرف على عمارة المباني الموقوفة التي شرط الصرف عليها من هذا الريع بناء على طلب ذوى الشأن . وللناظر ولكل مستحق ، إذا رأى أن المصلحة في إلغاء الأمر بالاحتجاز أو تعديله ، أن يرفع الأمر إلى المحكمة لتقرر ما ترى فيه المصلحة . وتطبق هذه الأحكام ما لم يكن للواقف شرط يخالفه » . وتنص المادة ٥٥ من نفس القانون على أنه « مع مراعاة أحكام المادة السابقة ، إذا احتاجت أعيان الوقف كلها أو بعضها لعمارة تزيد نفقتها على خمس فاضل غلة الوقف في سنة ، ولم يرخص المستحقون بتقديم العمارة على الصرف ، شرط الواقف تقديم العمارة أو لم يشرطه ، وجب على الناظر عرض الأمر على المحكمة لتأمر ، بعد سماع أقوال المستحقين ، بصرف جزء من الغلة للقيام بالعمارة أو احتجاز جميع ما تحتاج إليه العمارة أو باستخدام الاحتياطي المبين في المادة السابقة كله أو بعضه . وتطبق هذه الأحكام في الصرف على إنشاء ما ينمى ريع الوقف عملاً بشرط الواقف . ومع مراعاة أحكام المادة ١٨ ، يجوز للمحكمة أن تبيع بعض أعيان الوقف لعمارة باقية بدون رجوع في غلته ، متى رأت المصلحة في ذلك » . أنظر في شرح هذه النصوص محمد أحمد فرج السهوري في قانون الوقف جزء ٢ سنة ١٩٤٩ فقرة ٦٩٦ - فقرة ٧١٨ ص ٩٢٣ - ص ٩٣٦ - أما فيما يتعلق بعمارة المستحقين للوقف ، فلم يعد بعد إلغاء الوقف الأهلي مستحق إلا الخيرات الموقوفة عليها .

اندماجا تاما وأصبحت بهذا الاندماج عقارا بطبيعته . أما مجرد وضع منقول في أرض الغير دون أن يندمج في الأرض فيصبح عقارا بطبيعته ، فلا يكفي لأن يملك صاحب الأرض المنقول بالالتصاق . وحتى لو خصص صاحب الأرض المنقول لخدمة الأرض أو استغلالها ، فإن هذا لا يكفي أيضا لجعل المنقول عقارا بالتخصص ، إذ يجب ليكون المنقول عتارا بالتخصص أن يكون مالك الأرض هو مالك المنقول ، وهنا قد اختلف المالك . فيستطيع إذن صاحب المنقول أن يسترده من صاحب الأرض ، ولا يستطيع هذا الأخير أن يدعى ملكيته بطريق الالتصاق . وذلك ما لم يكن صاحب الأرض حسن النية في حيازته للمنقول ، فعندئذ يملك المنقول بالحيازة ، وعندئذ يجوز أن يكون المنقول عقارا بالتخصص لاتحاد المالك . ولكن إذا كان صاحب الأرض قد تملك المنقول هنا ، فانما يملكه بالحيازة كما قدمنا لا بالالتصاق ، لأن المنقول لم يصبح عقارا بطبيعته (١) .

ويجب أيضا ، حتى يتحقق التملك بالالتصاق ، ألا يكون هناك اتفاق بين صاحب الأرض وصاحب المنشآت على مصير هذه المنشآت . فاذا وجد اتفاق صريح أو ضمني ، امتنع التحدى بقواعد الالتصاق (٢) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٤ - بودري وشوفو فقرة ٣٥٦ - بلانيول وريبير وبولانجييه فقرة ٢٩٦٣ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١١٤٣ - مارق ورينو فقرة ١٢٨ ص ١٤٤ - ويذهب رأى في الفقه الفرنسى إلى أن المنشآت إذا اندمجت في الأرض فأصبحت عقارا بطبيعته ، ولكن صاحب المنشآت هدمها قبل قيام النزاع بينه وبين صاحب الأرض ، فإن صاحب الأرض لا يملك المنشآت في هذه الحالة ، وليس له أن يطالب بقيمتها بحجة أنها هدمت وهي على ملكه بل يطالب بتعويض الضرر الذى أصاب الأرض من جراء هدم المنشآت (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٦٣ - بودري وشوفو فقرة ٣٦٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٤ - وانظر أيضا نقض فرنسى ١٦ فبراير سنة ١٨٥٧ دالوز ٥٧ - ١ - ١٢٠ - أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ Construction فقرة ٣٦) . وهذا رأى محل للنظر ، فإن المنشآت متى اندمجت في الأرض وأصبحت عقارا بطبيعته ، تملكها صاحب الأرض ، سواء كان ذلك بعد قيام النزاع أو قبل قيامه . فاذا هدمت ، فانه يبدو أنها تهدم وهي على ملك صاحب الأرض . وله أن يطالب بقيمتها على أساس أنها هدمت وهي على ملكه ، وعليه أن يدفع التعويض المستحق لصاحب المنشآت طبقاً لقواعد الالتصاق (أنظر مايلى فقرة ١٠٠) .

(٢) نقض مدنى ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٨ ص ١٦٦ . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كان عقد الاتفاق المبرم بين الحارس على الوقف وبين المستأجر =

المطلب الاول

الصورة الأولى - صاحب الأرض هو الباني بأدوات غيره

٩٨ - نص قانونى : تنص المادة ٩٢٣ مدنى على ما يأتى :

« ١ - يكون ملكاً خالصاً لصاحب الأرض ما يحدثه فيه من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره ، إذا لم يكن ممكناً نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم ، أو كان ممكناً نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت فى هذه المنشآت » .

« ٢ - فإذا تملك صاحب الأرض المواد ، كان عليه أن يدفع قيمتها مع التعويض إن كان له وجه . أما إذا استرد المواد صاحبها فإن نزعها يكون على نفقة صاحب الأرض » (١) .

ويقابل هذا النص المادة ٦٤ من التقنين المدنى الوطنى السابق (٢) .

صريحاً فى أن الحراسة ملزمة بدفع جميع المصروفات التى صرفت فى الإنشاء والتجديد بالوقف حسب تقديرها بواسطة خبير فى وقت إنشائها ، فاته يكون من المتعين على المحكمة أن تأخذ بأحكام هذا العقد دون نظر إلى ما زاد فى قيمة الأرض ولا إلى ارتفاع أسعار المهمات والأدوات وقت رفع الدعوى ، إذ العقد قانون المتعاقدين (نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٤ ص ١٨٩) . وقضت محكمة الإسكندرية الكلية (مستعجل) بأنه ليس فى المواد الخاصة بالالتصاق أحكام متعلقة بالنظام العام ، فتى وجد بين المتخاصمين رابطة عقدية بشأن أحوال الالتصاق ، فإن أحكام العقد هى التى تكون مناط تحديد علاقة الطرفين أحدهما بالآخر (اسكندرية مستعجل ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٢٦٢ ص ٧٧٣) . وانظر استئناف مختلط ١٠ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٢ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٥٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٥ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١٣ - ص ٣١٥) .

(٢) التقنين المدنى الوطنى السابق م ٦٤ : إذا جدد مالك الأرض أبنية أو غراساً أو غير ذلك من الأعمال بمهمات وأدوات كانت ملكاً لغيره ، وجب عليه دفع قيمة المهمات والأدوات المذكورة لملكها ، ويجوز الحكم عليه أيضاً بدفع تعويضات إذا فعل ذلك بطريق الغش والتدليس . ولا يسوغ لملك المهمات أن يتزعمها من محل وضعها .

(وأحكام التقنين المدنى الوطنى السابق تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المدنى الجديد ، ولكن التقنين المدنى الوطنى لا يميز بين ما إذا كانت المواد يمكن نزعها من الأرض أو كان لا يمكن نزعها دون أن يلحق المنشآت ضرر جسيم ، ويصرح أن التعويض لا يكون واجباً إلا فى حالة الغش والتدليس) .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٨٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٢٧ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١١٨ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢١٤ (١) .

ويخلص من هذا النص أن صاحب الأرض إذا بنى بأدوات غيره يملك المنشآت التي بناها على التفصيل الذي سنذكره ، وعليه أن يعرض صاحب الأدوات عن ملكية الأدوات التي فقدها . على أنه يجب التمييز في ذلك بين ما إذا كان صاحب الأرض حسن النية ، أو كان سيء النية ، ثم إن الذي يملكه صاحب الأرض بالالتصاق هي أدوات البناء ، أما غير أدوات البناء كتمثال يدججه في البناء فإنه لا يملكه بالالتصاق . ونفصل الآن ما أحملناه .

٩٩ - صاحب الأرض حسن النية : إذا كان صاحب الأرض ، وهو يبنى بأدوات غيره ، حسن النية أي يعتقد أن هذه الأدوات هي ملك له ، فيغلب أن يكون قد تملكها فعلاً بالحيازة . وعلى ذلك لا يكون في حاجة إلى أن يملكها بالالتصاق ، ويكون قد بنى في أرضه بأدوات مملوكة له ، فتكون المنشآت ملكاً له ، وتسرى عليها أحكام الحيازة لا أحكام الالتصاق (٢) وقد يكون صاحب الأرض معتقداً أن الأدوات مملوكة له فيتوافر عنده حسن النية ، ولكن لا يتوافر عنده السبب الصحيح ، كما لو كان حائزاً للأدوات بسبب ظني لا وجود له ، أو تكون الأدوات مسروقة أو ضائعة . فعندئذ لا تتوافر شروط القاعدة التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، ولا يملك صاحب الأرض الأدوات بالحيازة . ويكون في هذه الحالة قد بنى في أرضه بأدوات مملوكة لغيره بالرغم من حسن نيته ، فإذا

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٨٧ (موافق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١١٨ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢١٤ (موافق) .

(٢) بلا نيول ك ريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٥ ص ٢٦٤ - كولان وكابيتان ودي لا موراندير

١ فقرة ١١٤٣ - مازو فقرة ١٥٩٤ .

ما أقام المنشآت تملكها لا بالحيازة بل بالالتصاق ، ويستوى في ذلك هو وصاحب الأرض سىء النية (١) .

١٠٠ - صاحب الأرض سىء النية : أما إذا كان صاحب الأرض سىء النية بأن كان يعلم أن الأدوات غير مملوكة له ، أو كان حسن النية ولكن لم يتوافر عنده السبب الصحيح لىتملك الأدوات بالحيازة على النحو الذى قدمناه ، فانه يجب التمييز بين فرضين (٢) .

(الفرض الأول) ألا يكون ممكناً نزع الأدوات دون أن يلحق بالمنشآت ضرر جسيم (٣) ، كأن تكون هذه الأدوات طوباً أو جيراً أو جبساً أو دهاناً أو نحو ذلك ، وهذا هو الفرض الغالب . وفى هذا الفرض يملك صاحب الأرض الأدوات بمجرد إدماجها فى الأرض بحيث تصبح عقاراً بطبيعته ، وسبب كسب الملكية هنا هو الالتصاق . ومتى تملك صاحب الأرض الأدوات بالالتصاق على هذا النحو ، فانه لا يفقد ملكيتها إلا بسبب جديد من أسباب نقل الملكية . وعلى ذلك لو هدمت المنشآت بعد أن اندمجت فى الأرض ،

(١) محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٧ ص ٦٦ .

(٢) ولم يكن التقنين الملقى الوطنى السابق يميز بين هذين الفرضين ، بل كان صاحب الأرض يملك الأدوات فيها معاً فى مقابل دفع القيمة والتعويض أما فى التقنين الملقى الجديد ، فسرى أن لصاحب الأدوات نزعها من الأرض فى خلال سنة إذا كان نزع الأدوات لا يلحق ضرراً بصاحب الأرض ، وإلا فلا يجوز له نزعها ويكتفى بأخذ قيمتها مع التعويض إن كان له محل (انظر آنفاً ص ٢٦٧ هامش ٢) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وهذا الحكم (حكم التقنين الملقى الجديد) يختلف عن حكم التقنين الحالى (السابق) فى أن هذا التقنين لا يميز بين ما إذا كان نزع المواد يلحق ضرراً بالأرض أو لا يلحق ، فى الحالتين يملك صاحب الأرض بالمواد ويدفع قيمتها مع التعويض إن كان له محل ، ولا يجوز لصاحب المواد أن يطلب نزعها فى أى حال . وواضح أن حكم المشروع وجه العدالة فيه أظهر (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٠) .

(٣) وكذلك إذا لم يكن ممكناً نزع الأدوات دون أن يلحق الأرض نفسها ضرر جسيم ، وإن كان الضرر الجسيم الذى يلحق الأرض غير وارد فى النص . ويمكن تخريج ذلك على مبدأ التعسف فى استعمال الحق ، فان صاحب الأدوات يتعسف فى استعمال حقه فى المطالبة بنزع الأدوات إذا كان نزعها يلحق بالأرض ضرراً جسيماً (محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٨ ص ٦٧) . بل أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لم تذكر إلا الضرر الجسيم الذى يلحق الأرض ، وكان الواجب أن تذكر أيضاً ، ومن باب أولى ، الضرر الجسيم الذى يلحق المنشآت (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٠) .

سواء كان ذلك بمحادث فجائي أو بفعل صاحب الأرض ، فإن صاحب الأدوات لا يستعيد ملكيتها ، سواء كان قد أخذ التعويض عنها من صاحب الأرض أو كان لم يأخذه بعد ، وسواء عرض رد التعويض إذا كان قد أخذه أو لم يعرض رده (١) .

وما دام صاحب الأرض يملك الأدوات بالالتصاق على النحو الذى ذكرناه ، فإنه يكون ملتزماً بالتعويض نحو صاحب هذه الأدوات . فعليه أولاً أن يدفع له قيمتها ، ويبدو أن القيمة تقدر وقت انتقال ملكية الأدوات لصاحب الأرض ، أى وقت إدماج الأدوات فى الأرض وصيرورتها عقاراً بطبيعته (٢) . وعليه فوق ذلك أن يدفع لصاحب الأدوات تعويضاً عما عسى أن يكون قد أصابه من ضرر بسبب عدم استرداده للأدوات التى كانت مملوكة له ، كما لو كان فى حاجة إلى هذه الأدوات وتسبب عن تأخره فى استبدال غيرها بها ضرر له (٣) . وليس من الضرورى لاستحقاق التعويض أن يكون صاحب الأرض قد أدمج الأدوات فى الأرض « بطريق الغش والتدليس » كما كان التقنين المدنى الوطنى السابق يشترط ، ويكفى أن يكون هناك خطأ فى جانب صاحب الأرض ولو لم يصل هذا الخطأ إلى حد الغش والتدليس ، فإن المادة ٩٢٣/٢ مدنى تلزم صاحب الأرض بدفع التعويض « إن كان له وجه » . وغنى عن البيان أن التعويض يزيد فى حالة ما إذا كان صاحب الأرض سىء النية يعلم أن الأدوات غير مملوكة له ، عما إذا كان حسن النية يعتقد أن الأدوات مملوكة له ولكنه لم يملكها بالحيازة لعدم توافر السبب الصحيح . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٦ - كولان وكاييتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٤٣ - جوسران ١ فقرة ١٦٦١ - دى باج ٦ فقرة ٤٦ - مارقى ورينو فقرة ١٢٨ ص ١٤٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٧١ - شفيق شحاتة فقرة ٢٣٨ ص ٢٥١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٤ - عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٥٧ ص ٣٧٤ - وقارن إذا كان الهدم قبل قيام النزاع آنفاً ص ٢٦٦ هامش ١ . كما لا يجوز لصاحب الأرض أن يلزم صاحب المواد بعد نزعها بأخذها بدلاً من التعويض (شفيق شحاتة فقرة ٢٣٨ ص ٢٥١) .

(٢) دى باج ٦ فقرة ٦٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٣ ص ٥٢ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٣٥٣ - كولان وكاييتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٤٣ .

في صندد هذا التعويض : « . . ودفع (صاحب الأرض) تعويضاً لصاحب الأدوات يزيد إذا كان صاحب الأرض سيء النية » (١) . وواضح أن ما يلتزم به صاحب الأرض لصاحب الأدوات من دفع قيمة الأدوات والتعويض ليس تطبيقاً دقيقاً لمبدأ الإثراء بلا سبب ، فإن هذا المبدأ كان يقضي بأن يدفع صاحب الأرض أقل القيمتين ، قيمة ما أثرى به وقيمة ما افتقر به صاحب الأدوات . ومن ثم يكون التزام صاحب الأرض بدفع قيمة الأدوات التزاماً مصدره القانون لا مبدأ الإثراء بلا سبب ، وتكون مدة تقادمه خمس عشرة سنة لا ثلاث سنوات (٢) . أما التزامه بدفع التعويض فصدره العمل غير المشروع ، ويتقادم بثلاث سنوات وفقاً للقواعد المقررة في تقادم الالتزامات التقصيرية .

(الفرض الثاني) أن يكون ممكناً نزع الأدوات دون أن يلحق المنشآت ضرر جسيم (٣) ، كأن تكون الأدوات أبواباً وضعها صاحب الأرض في البناء أو أدوات صحية ألصقها به أو بلاطاً ألصقه بأرضيته أو خشباً من « الباركيه » غطى به أرضية الغرف ، فإن هذه الأدوات وأمثالها يمكن نزعها من البناء دون أن يلحقه من هذا النزع ضرر جسيم . وفي هذا الفرض لا يملك صاحب الأرض الأدوات بمجرد إدماجها في الأرض ، بل تبقى على ملك صاحبها . ويستطيع هذا المطالبة بنزعها من الأرض واستردادها ، بشرط أن يرفع دعوى الاسترداد في خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه أنها اندمجت في المنشآت ، والعلم بذلك واقعة مادية يجوز لصاحب الأرض إثباتها بجميع الطرق . فإذا رفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد في هذا الميعاد ، كان له أن يسترد الأدوات فقد بقيت على ملكه كما قدمنا . ويلتزم صاحب الأرض بنفقة نزع الأدوات ، ويلتزم كذلك بتعويض صاحب الأدوات إن كان لهذا التعويض محل (٤) ، ويستوى في كل ذلك أن يكون صاحب

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣٠ .

(٢) محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٩ .

(٣) وكذلك دون أن يلحق الأرض ضرر جسيم ، وقد سبق بيان ذلك (آنفاً ص ٢٦٩ هامش ٣) .

(٤) حسن كيرة ص ٦٦ - وأساس التعويض خطأ في جانب صاحب الأرض ، فتكون مسئولية هذا الأخير عن التعويض مسئولية تقصيرية . ويدخل في التعويض الفرق بين قيمة الأدوات قبل إدماجها وقيمتها بعد نزعها ، فإن هذا الفرق تعويض عن ضرر أصاب صاحب الأدوات بسبب خطأ صاحب الأرض (قارن محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٩ ص ٦٩) .

الأرض سىء النية أو حسن النية ولكنه لم يملك الأدوات بالحيازة لعدم توافر السبب الصحيح (١) .

أما إذا انقضت السنة دون أن يرفع صاحب الأدوات دعوى باستردادها ، فإنه لا يستطيع استردادها بعد ذلك (٢) ، ويملكها صاحب الأرض بالالتصاق (٣) . وتكون ملكية صاحب الأرض للأدوات بطريق الالتصاق إذن ملكية معلقة على شرط واقف ، هو ألا يرفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد في خلال السنة . وهذا الشرط هو نفسه شرط فاسخ بالنسبة إلى صاحب الأدوات ، فهو يملكها ملكية معلقة على شرط فاسخ هو ألا يرفع دعوى الاسترداد في خلال السنة . فإذا تحقق الشرط ولم يرفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد في خلال السنة ، أصبح صاحب الأرض مالكا بحكم الالتصاق للأدوات منذ إدماجها في الأرض بفضل الأثر الرجعي لتحقيق الشرط الواقف ، واعتبرت ملكية صاحب الأدوات لهذه الأدوات منذ إدماجها في الأرض كأنها لم تكن بفضل الأثر الرجعي لتحقيق الشرط الفاسخ . وإذا أصبحت ملكية صاحب الأرض للأدوات ملكية نافذة بآلة بتحقيق الشرط الواقف ، وجب عليه أن يدفع قيمة الأدوات لصاحبها وأن يدفع له تعويضا إن كان للتعويض محل ، وذلك كله على التفصيل الذى سبق أن بسطناه في الفرض الأول . وغنى عن البيان أن صاحب الأدوات ليس في حاجة لأن ينتظر انقضاء السنة لتقاضى قيمة الأدوات والتعويض ، فإن له أن يتزل قبل ذلك عن

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « يجوز لصاحب الأدوات أن يطلب نزعها إذا لم يكن في ذلك ضرر يلحق الأرض . . . ويكون النزاع على نفقة صاحب الأرض سواء كان سىء النية أو حسن النية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٠) .

(٢) والسنة مدة سقوط *délai de déchéance* لا مدة تقادم ، فلا يرد عليها أسباب الوقف أو الانقطاع (عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٣ ص ٥١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٧ ص ٣٧٤) .

(٣) ولا يجوز لصاحب الأرض في خلال السنة ، حتى لو كان حسن النية ، أن يتزع الأدوات ويجبر صاحبها على استردادها تقادياً من دفع قيمتها مع التعويض ، إذا لم يرد صاحب الأدوات ذلك ، فإن الخيار بين نزاع الأدوات واستبقائها في الأرض هو لصاحب الأدوات لالصاحب الأرض (أنظر في هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٩ ص ٦٩) .

دعواه في استرداد الأدوات ، فيستحق قيمتها والتعويض منذ نزوله عن دعواه .

١٠١ - وضع منقول في الأرض غير أدوات البناء : والمفروض

في كل ما تقدم أن الذي أدمجه صاحب الأرض في أرضه هو من أدوات البناء . أما إذا كان قد أدمج شيئا غير أدوات البناء ، كأن أدمج تمثالا أو أثرا ثمينا مملوكا للغير ، فانه لا يملكه بالالتصاق . ويبقى المنقول على ملكية صاحبه ، وله في أى وقت أن يسترده ولو بعد انقضاء السنة ، بل ولو أحدث نزع ضررا جسيما بالبناء أو بالأرض ، وكل ذلك ما لم يكن صاحب الأرض قد تملك المنقول بالحيازة أو بالتقادم الطويل . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ومفروض فيما تقدم أن صاحب الأرض بنى بأدوات بناء . أما إذا كان قد أدخل في بنائه تمثالا أو أثرا ثمينا أو نحو ذلك مما لا يعتبر من أدوات البناء ، فلا يملكه بالالتصاق مطلقا . بل يجب نزع في أى وقت يطلب صاحب التمثال أو الأثر فيه ذلك . ولو بعد السنة ، بل ولو أحدث الترع ضررا جسيما بالبناء » (١) .

المطلب الثانى

الصورة الثانية - صاحب الأدوات هو البانى في أرض غيره

١٠٢ - قروض مختلفة : نواجه في هذه الصورة الثانية وضع عكسيا

لوضع السابق . ففي الوضع السابق واجهنا صاحب الأرض يبنى بأدوات غيره ، وفي هذا الوضع نواجه صاحب الأدوات يبنى في أرض غيره . والوضع في هذه الصورة الثانية هو الأكثر وقوعا في العمل ، فقل أن نجد مائلا يبنى في أرضه بأدوات غيره ، ولكن كثيرا ما نجد أجنبيا يبنى بأدواته في أرض غيره .

وأول الفروض التى تقع لنا في هذه الصورة الثانية أن يكون للأرض حائز لا يملكها ، ويقم فيها منشآت . ثم يرفع مالك الأرض دعوى استحقاق

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٠ - وانظر أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ Construction فقرة ٣٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٦٨ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٢ ص ٥١ - عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٥٦ ص ٣٧٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٨٩ . (١٨)

على الحائر ، فيسترد منه الأرض . وفيما يتعلق بالمنشآت التي أقامها الحائر ، يقضى القانون بأنها تكون ملكا لصاحب الأرض ، وقد تملكها بطريق الالتصاق ، وعليه أن يعرض صاحب المنشآت . ويختلف التعويض بحسب ما إذا كان الحائر سىء النية أو حسن النية ، فعندنا إذن فرضان : فرض ما إذا كان الباني سىء النية يعلم أن الأرض مملوكة لغيره ، وفرض ما إذا كان الباني حسن النية يعتقد أن له الحق في إقامة المنشآت . والأحكام التي تسرى على هذين الفرضين هي الأحكام العامة في الالتصاق في صورته الثانية .

وليس الأمر مقصورا على الحائر يبني في أرض غيره فترفع عليه دعوى الاستحقاق وتسترد منه الأرض والمنشآت (tiers évincé) ، بل إن النصوص عبارتها عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت في أرض مملوكة لغيره (١) . ويستوى في ذلك أن يكون الباني حائر الأرض بنية التملك أو يكون حائرا لها حيازة عرضية ، كما يستوى أن تكون هناك علاقة تعاقدية بين صاحب الأرض والباني أو أن تكون هذه العلاقة غير موجودة . ومن ثم تسرى أحكام الالتصاق في الفروض الآتية : (١) فرض ما إذا رخص صاحب الأرض للباني في البناء . (٢) فرض ما إذا بنى المنتفع في الأرض المنتفع بها . (٣) فرض ما إذا بنى المالك ثم أبطلت ملكيته أو فسخت . (٤) فرض ما إذا بنى البائع في الأرض المبيعة قبل تسجيل عقد البيع ، أو بنى المشتري في هذه الأرض قبل التسجيل . ففي هذه الفروض جميعا ، إذا تملك صاحب الأرض المنشآت بطريق الالتصاق ، وجب عليه أن يدفع تعويضا لصاحب المنشآت . وقد جعل القانون ، من جهة ، ضمانا لصاحب

(١) وهذا بخلاف التقنين المدني الفرنسي ، فإن نص المادة ٥٥٥ منه قد ورد فيها عبارة tiers évincé . وقد حمل ذلك أكثر الفقهاء في فرنسا على قصر هذه المادة على الحائر الذى يبني في أرض غيره وترفع عليه دعوى الاستحقاق . ولكن القضاء الفرنسي نهج نهجاً آخر ، وعمم النص حتى شمل كل شخص يبني في أرض غيره ، سواء كان حائزاً يقصد التملك أو كانت حيازته عارضة . على أن الفقه الفرنسي ، إذا كان لا يطبق نفس المادة ٥٥٥ مدني فرنسي على الفروض التي يكون فيها الباني غير حائر للأرض بنية التملك ، فإنه يجرى على هذه الفروض أحكام هذه المادة بطريق القياس .

المنشآت هو حق حبسها حتى يستوفى التعويض ، ويسر ، من جهة أخرى ، على صاحب الأرض أداء التعويض بأن أجاز للقاضي أن يجعل الأداء على أقساط دورية .

على أن أحكام الالتصاق لا تسرى في الفروض التي وردت فيها نصوص صريحة مخالفة لهذه الأحكام ، إذ يجب عندئذ تطبيق هذه النصوص الصريحة دون أحكام الالتصاق . ونذكر من هذه الفروض ثلاثة : (١) فرض ما إذا بنى المستأجر في العين المؤجرة . (٢) فرض ما إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه . (٣) فرض ما إذا بنى المحتكر في الأرض المحكرة .

ويبقى بعد ذلك أن نستبعد فرضين لا ينطبق عليهما أحكام الالتصاق : (١) فرض ما إذا بنى المالك في الشيوع في الأرض الشائعة . (٢) فرض ما إذا بنى الفضولي أو الوكيل في أرض رب العمل أو الموكل (١) .

واستثنى القانون أخيراً من أحكام الالتصاق فرضين : (١) فرض ما إذا جار الباني بحسن نية على جزء صغير من الأرض الملاصقة . (٢) فرض المنشآت الصغيرة المقامة في أرض الغير لا على سبيل الدوام .

فهذه جملة من المسائل قد تجمعت تحت الصورة الثانية التي نحن بصدددها ، والتي هي الصورة الأكثر وقوعاً في العمل كما قدمنا . فنبحث هذه المسائل على التعاقب تحت العناوين الآتية : (١) الأحكام العامة في الالتصاق في صورته الثانية . (٢) فروض أخرى تسرى عليها الأحكام العامة للالتصاق في صورته الثانية . (٣) أداء التعويض لصاحب المنشآت . (٤) فروض وردت فيها أحكام خاصة غير أحكام الالتصاق . (٥) فروض تستبعد أصلاً من نطاق أحكام الالتصاق . (٦) فروض تستثنى من أحكام الالتصاق .

(١) أنظر المادة ٨٩٢ مدني سوري ، والمادة ١١٢٣ مدني عراقي ، والمادة ٢١٩ من قانون الملكية العقارية اللبناني .

§ ١ - الأنظمة العامة في الإلتزام في صورة الثانية

١٠٣ - الباني نسي النية بعلم أنه الأرض مملوكة لغيره - نص قانوني

تنص المادة ٩٢٤ مدني على ما يأتي :

« ١ - إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه ، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت ، أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت . »

« ٢ - ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب هذه الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها وأن يطلب التعويض إذا كان له وجه : وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت . »
٢ - وكذلك يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت في مقابل دفع قيمتها مستحقة للإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، بعد تعديلات لفظية ، تحت رقم ٩٩٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٣ . وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض على حكم الفقرة الأولى وقيل إنه إذا سكت صاحب الأرض ولم يطلب الإزالة في ميعاد سنة سقط حقه في طلبها ، وفي هذا تحسين لمركز الباني من النية . كذلك قيل إن مدة السنة قليلة ، لأنه قد يكون صاحب الأرض رقيق الحال بحيث لا يتمكن فيها من طلب الإزالة . فأجيب بأن مدة السنة تبدأ من وقت العلم ، وأنه إذا انقضت هذه السنة ولم يطلب صاحب الأرض إزالة المنشآت يكون ذلك بمثابة اختبار ضمنى من صاحب الأرض لا استبقاء هذه المنشآت . واستقر رأى اللجنة ، رغبة في إيضاح الحكم الوارد في هذه المادة واستكمالها بما يبين حق صاحب الأرض في طلب إزالة المنشآت أو رضائه ببقائها ، على تعديل الفقرة الأولى من المادة بإضافة العبارة الآتية إلى نهايتها : « وله أيضاً أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في =

والنص جاء في عبارات عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت في أرض غيره بمواد من عنده ، وهو يعلم أن الأرض غير مملوكة له . ونقتصر

= ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت » . ورأت اللجنة كذلك تعديل الفقرة الثانية كالاتي : « ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبق المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة » ، فأصبح النص تحت رقم ٩٢٤ مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ومن هذا يتضح أنه إذا مرت سنة ولم يستعمل صاحب الأرض حق الاختيار ، فليس له إلا أن يستبق المنشآت مع دفع التعويض على الوجه المبين بهذه المادة . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١٥ - ص ٣١٩) .

ويقابل النص في التقنين المدني الوطني السابق م ١/٦٥ و ٣ : فإذا حصل الغراس أو البناء أو غير ذلك من الأعمال من شخص بمهمات وأدوات نفسه في ملك غيره ، فالمالك مخير بين إبقاء هذه الأشياء بأرضه وبين إلزام فاعلها بنزعها - ففي حالة ما إذا اختار صاحب الأرض نزع هذه الأشياء ، تكون مصاريف انتزاعها أو هدمها على فاعلها بدون إعطائه تعويضاً ما . ويجوز زيادة على ذلك أن يحكم على الفاعل المذكور بتعويض الحسارة التي تنشأ عن فعله لصاحب الأرض - وأما إذا اختار صاحب الأرض إبقاء تلك الأشياء ، فيكون مخيراً بين دفع قيمة الغراس أو البناء مستحق القلع وبين مبلغ مساو لما زاد في قيمة الأرض بسبب ما حدث بها . .. التقنين المدني المختلط م ٩٠ : إذا لم يثبت حصول الإذن من المالك بدون شرط ولا قيد ، تعتبر الأرض عارية ، ويكون للمالك الخيار بين طلب هدم البناء وإزالة الغراس وبين إبقائها له مع دفع قيمة المهمات والأدوات وأجرة العملة .

(والتقنين المدني الوطني السابق هو الذي يتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن التقنين الوطني السابق لم يضرب أجلاً (سنة) لصاحب الأرض في طلب الإزالة ، ولم يجعل لصاحب المنشآت الحق في طلب نزع المواد دون الإضرار بالأرض إذا لم يختار صاحب الأرض استبقاء المنشآت) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٨٨ (موافق) . م ٣/٨٩٠ : وإذا كان هذا الغير (سىء النية) قد بنى أو غرس ، فيلزم بهدم البناء وقلع الأغراس ، ما لم يفضل مالك الأرض إبقاها لقاء دفعه لذلك الغير قيمة مواد البناء والغرس ، بعد حسم المصاريف التي يتكبدها الغير فيما لو ألزم بنزعها .

م ٨٨٥ : ١ - يصبح مالك الأرض مالكاً بطريق الالتصاق للبذار الذي يذره الغير في أرضه ، بشرط أن يدفع له قيمة البذار . غير أنه يحق له إذا شاء ترك المحصولات لهذا الغير مقابل دفع أجرة المثل عن سنة واحدة . ٢ - إذا لم يكن قد فات زمن البذار ، فيحق للمالك الأرض أن يحمل الغير الذي يذرها على نزع بذاره بدون تعويض عليه عن أعمال الحراثة والبذر . (ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١١٩ : إذا أحدث شخص بناء أو غرساً أو منشآت أخرى =

هنا على تطبيقه في أحد فروضه ، هو الفرض الذى يكون فيه البانى فى أرض غيره حائزاً للأرض بنية تملكها ، وترفع عليه دعوى استحقاق من مالك الأرض ، فيسترد هذا الأخير الأرض والمنشآت طبقاً للقواعد التى سندكرها فيما بعد. وهذه القواعد هى الأحكام العامة فى الالتصاق فيما يتعلق بالبانى فى أرض غيره بمواد من عنده وهو يعلم أن الأرض غير مملوكة له ، نوردها هنا ، على أن نطبقها بعد ذلك فى فروض أخرى مختلفة غير فرض الحائز للأرض بنية تملكها .

ونفرض الآن أن شخصاً وضع يده على أرض مملوكة لغيره باعتبار أنه المالك ، وقد أقام منشآت فى هذه الأرض بمواد من عنده . ونفرض أن مالك الأرض رفع دعوى الاستحقاق على الحائز واسترد الأرض ، فعند ذلك تأتى مسألة المنشآت . ويفترض بادئ ذى بدء ، أن الحائز حسن النية وقت أن أقام المنشآت ، فإذا ادعى مالك الأرض أنه سىء النية ، أى يعلم وقت أن أقام المنشآت أن الأرض مملوكة لغيره وقد أقام المنشآت دون رضا مالك الأرض ، فعلى هذا الأخير يقع عبء الإثبات^(١) . وعلى ذلك يجب على مالك الأرض أن يثبت سوء نية من أقام المنشآت ، كأن يثبت أن هذا الأخير قد اغتصب الأرض ، أو أنه حازها فى مبدأ الأمر وهو

= بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها ، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها . فإذا كان القلع مضرراً بالأرض ، فله أن يملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع .

م ١١٢٤ : فإذا بذر أجنبى فى أرض الغير بدون إذن ونبت البذر ، كان لمالك الأرض الخيار فى أن يملك البذر بمثله أو أن يترك الأرض بيد الأجنبى حتى الحصاد بأجر المثل . (لا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢١٥ (موافق) .

م ٢١٧ (موافق للمادة ٣/٨٩٠ سورى) .

م ٢١٢ (موافق للمادة ٨٨٥ سورى) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا بنى شخص على أرض مملوكة لغيره ، فالمكلف باثبات سوء نية البانى هو مالك العقار ، الذى ليس له أن يطلب إزالة البناء ما لم يثبت سوء نية البانى . ولا يعتبر البانى سىء النية بمجرد كونه وارثاً لمستأجر العقار (استئناف وطنى ١٧ مايو سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨١ ص ١٥٩) - وقارن استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٢٣ - ٩ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٠٨ .

حسن النية بأن اعتقد أنه وارث لها أو أنها آلت إليه عن طريق الوصية ثم كشف بعد ذلك أنه غير وارث أو أن الوصية باطلة أو عدل عنها الموصي ومع ذلك بقى حائزا للأرض وأقام فيها المنشآت وهو يعلم أنها غير مملوكة له (١).

ففي هذا الفرض ، عند ما يسترد مالك الأرض أرضه وتأتى مسألة المنشآت التي أقامها الحائز ، يضع القانون في هذه المسألة قواعد مفصلة ، يستخلص منها أنه يجب التمييز بين عهدين :

(العهد الأول) السنة التي تبدأ من اليوم الذي يعلم فيه مالك الأرض باقامة المنشآت ، وعبء إثبات العلم هنا يقع على صاحب المنشآت ، وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات لأن العلم واقعة مادية . ففي خلال هذه السنة يكون صاحب الأرض بالخيار بين أمرين : الأمر الأول أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها ، ويطلب منه فوق ذلك التعويض عما عسى أن تحدثه إزالة المنشآت من ضرر بالأرض ، وذلك جزاء سوء نية من أقام المنشآت فقد أقامها في الأرض وهو يعلم أنها غير مملوكة له . وفي هذه الحالة يهدم صاحب المنشآت منشآته ويأخذها أنقاضا بعد أن يدفع مصروفات الهدم ، ولا محل هنا لإعمال الالتصاق سببا لكسب الملكية فقد أزيلت المنشآت ولم يملكها صاحب الأرض (٢) . والأمر الثاني ، إذا لم يطلب صاحب

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يسوغ لمن شاد بناء على أرض غيره أن يدعى حسن النية فيما فعل توصلا إلى استبقاء البناء ، إذا كانت عقوده التي يدافع بها لا تعطيه هذا الحق وتنفي عنه حسن النية (استئناف وطني ١٥ يونيو سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٥٠٣) ، وذلك كأن يكون العقد الذي يتمسك به هو عقد إيجار لا يجعل له الحق في البناء (استئناف مختلط ١٠ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٢) . ويعتبر في حكم سوء النية المشتري من غير المالك إذا كان قد أهمل مطالبة البائع بالسند الذي يثبت ملكية هذا الأخير (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٠) ، أو أهمل فحص هذا السند (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٠) .

(٢) أنظر في انتقاد إعطاء الحق لمالك الأرض في طلب الإزالة ، إذ أن الإزالة هدم والهدم يتعارض مع روح المصير في التشجيع على البناء : كاربونييه ص ٢٤٠ .

الأرض إزالة المنشآت ، فله أن يعلن في خلال السنة إرادته في استبقاء المنشآت في الأرض ، وعند ذلك يملكها بالالتصاق^(١) . وعليه أن يدفع تعويضا لصاحب المنشآت أقل القيمتين : (١) قيمتها مستحقة الإزالة ، فقد كان من حقه أن يطلب إزالتها فله أن يستبقها مستحقة الإزالة ، أى أنه يدفع قيمة الانقراض منقوصا منها مصروفات الهدم . (٢) قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، وتقدر هذه القيمة بخير عند الاقتضاء^(٢) ، وتمثل المقدار الذي اغتنى به صاحب الأرض بسبب إقامة المنشآت^(٣) . ويلاحظ ،

(١) ويعتبر مالك الأرض قد اختار ضمناً استبقاء المنشآت إذا هو باع الأرض بما عليها من هذه المنشآت (نقض فرنسي ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٨ - ٣٨٤) .
(٢) والعبرة في تقدير هذه القيمة بوقت الاستحقاق (بودري وشوفو فقرة ٣٦٥ ص ٢٥٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٨ ص ٢٦٥ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٩٢ ص ٩٨ - شفيق شحاتة فقرة ٢٣٤ ص ٣٤٥ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٤٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧ ص ٦٠ - عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٦٠ ص ٣٧٩ - استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٨٩ - ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٥) . ويقدر الخبير ثمن المثل للأرض خالية من المنشآت ، ثم يقدر ثمن المثل للعقار بعد إقامة المنشآت ، والفرق ما بين الثمين هو ما زاد في ثمن الأرض بسبب إقامة المنشآت (أنظر بودري وشوفو فقرة ٣٦٥ ص ٢٥٢) . هذا والتعويض الذي يدفعه صاحب الأرض لصاحب المنشآت على التفصيل الذي قدمناه يستحق في ذمة من يكون مالكا للأرض وقت المطالبة بهذا التعويض ، حتى لو لم يكن هو المالك للأرض وقت إقامة المنشآت ، وهذا لا يخل بحق المالك الأخير في الرجوع على المالك الأول (بودري وشوفو فقرة ٣٦٩ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ Construction فقرة ٦٣ - فقرة ٦٧ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٩٨) .

(٣) ويجب أن يخصم من قيمة التعويض الذي يستحقه الحائز من النية قيمة الثمار التي حصل عليها من المنشآت التي أقامها ، فان هذه المنشآت أصبحت مملوكة لصاحب الأرض بالالتصاق منذ إدماجها في الأرض ، والحائز يضع عليها وهو من النية فيكون مسئولاً عن الثمار ما حصله وما أهمل في تحصيله (م ٩٧٩ مدني) . أما الباني حسن النية ، فانه يملك الثمار التي حصل عليها من المنشآت التي أقامها ، ولا يحاسب إلا على الثمار التي قبضها منذ تاريخ رفع دعوى الاستحقاق عليه (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٦٦ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ Construction فقرة ٤٧ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٩٧ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٤٥ ص ٧٨) . ويرى بعض الفقهاء أنه في نظير رد الحائز من النية للثمار ، يتقاضى هذا الحائز الفوائد القانونية عن التعويض المستحق له في حدود ما زاد في ريع الأرض بسبب المنشآت (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٦٦ - وقارن بودري وشوفو فقرة ٣٦٣ ويفضل عدم رد الثمار بدلا من تقاضي الفوائد) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحائز لا يستحق فوائد عن التعويض مادام حائزا للأرض والبناء (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ١٢) .

أولاً ، أننا قد انحرفنا عن قواعد الإثراء بلا سبب ، فقد كانت هذه القواعد تقضى على صاحب الأرض بأن يدفع أقل القيمتين ، قيمة ما اغتنى به هو وقيمة ما افتقر به صاحب المنشآت . وهو هنا يدفع أقل القيمتين : قيمة ما اغتنى به هو وقيمة الانقراض بعد هدم المنشآت . وهذه القيمة الأخيرة تكون عادة أقل من قيمة ما افتقر به صاحب المنشآت ، إذ أن هذه القيمة الأخيرة هي قيمة المواد وأجرة العمل . فيكون صاحب المنشآت قد عومل معاملة أسوأ مما تقضى به قواعد الإثراء بلا سبب ، وذلك كما قدمنا جزاء له على سوء نيته (١) . وعلى ذلك يكون التزام صاحب الأرض بدفع أقل القيمتين على النحو الذى قدمناه ليس مصدره الإثراء بلا سبب ، بل مصدره هو القانون فهو الذى قضى بذلك ، وتكون مدة تقادم هذا الالتزام خمس عشرة سنة كما هو الأمر فى الالتزامات الناشئة من القانون ، لا ثلاث سنوات وهى مدة تقادم الالتزامات الناشئة من الإثراء بلا سبب (٢) .

وبلاحظ ، ثانياً ، أن تخيير صاحب الأرض بين دفع قيمة الانقراض بعد هدم المنشآت وقيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت يستفاد منه أن قيمة ما زاد فى ثمن الأرض قد تكون أقل من قيمة الانقراض ، فيختار

(١) أما فى التقنين المدنى الفرنسى فقد عومل البانى سىء النية ، بموجب المادة ٥٥٥ مدنى فرنسى القديمة ، معاملة أفضل من البانى سىء النية فى التقنين المدنى المصرى ، إذ أجاز لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت ، فان استبقاها وجب عليه دفع تكاليف المنشآت (قيمة المواد وأجر العمل) . بل إن البانى سىء النية فى التقنين المدنى الفرنسى كان يعامل ، بموجب المادة ٥٥٥ مدنى فرنسى القديمة ، معاملة أفضل من البانى حسن النية من وجه ، فان صاحب الأرض كان يلتزم بأن يدفع للبانى حسن النية أقل القيمتين : تكاليف البناء أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت وهى تكون عادة أقل من تكاليف البناء . والسبب فى هذا الحكم الغريب يرجع إلى تاريخ صياغة المادة ٥٥٥ مدنى ، فقد كانت فى صياغتها الأولى تجعل الحكم واحداً بالنسبة إلى البانى سىء النية والبانى حسن النية ، ثم أضيفت إليها فقرة أخيرة خاصة بالبانى حسن النية أعطى بها لصاحب الأرض الخيار المتقدم ، دون أن يعطى نفس الخيار لصاحب الأرض بالنسبة إلى البانى سىء النية . ولكن صدر أخيراً فى فرنسا قانون ١٧ مايو سنة ١٩٦٠ يعالج هذا العيب ، ويعطى نفس الخيار لصاحب الأرض بالنسبة إلى البانى سىء النية (مازو فقرة ١٥٩٨ ص ١٢٧١) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٠ .

صاحب الأرض دفعها دون دفع قيمة الانقراض . ولا يتصور أن تكون قيمة الانقراض أكبر من قيمة زيادة ثمن الأرض إلا إذا افترضنا أن مواد البناء قد علا سعرها لظروف استثنائية ، فأصبح نزع القديم منها كالأبواب والشبائيك والأدوات الصحية ونحوها يعود بقيمة أكبر من قيمة بقائها في الأرض وما ينتج عن ذلك من زيادة ثمن الأرض . وهذا الافتراض لا يتحقق ، كما قدمنا ، إلا في ظروف استثنائية محضة .

وفي خلال السنة أيضا ، وفي الوقت الذي يكون فيه لصاحب الأرض الخيار الذي قدمناه ، تقضى الفقرة الثانية من المادة ٩٢٤ مدني ، كما قدمنا ، بأنه « يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقا لأحكام الفقرة السابقة » . ويخلص من ذلك أن صاحب المنشآت يستطيع ألا ينتظر سنة كاملة حتى يستعمل صاحب الأرض خياره ، إذ يستطيع هو منذ البداية دون أن ينتظر انقضاء السنة أن يبادر إلى طلب نزع المنشآت ، فيجبر بذلك صاحب الأرض على قبول نزع المنشآت أو على استعمال خياره في استبقائها مع دفع أقل القيمتين على النحو الذي قدمناه . ولكن يشترط في ذلك أن يكون نزع المنشآت ليس من شأنه أن يلحق ضررا بالأرض ، وإلا حملنا هذا الضرر لصاحب الأرض دون مسوغ إذا هو اضطر أن يقبل نزع المنشآت دون أن يطلب استبقائها . وعلى هذا النحو يكون وضع الطرفين في خلال السنة على الوجه الآتي : لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة أو الاستبقاء مع دفع أقل القيمتين ، وكذلك لصاحب المنشآت أن يطلب الإزالة إذا كانت لا تلحق بالأرض ضررا فيجبر بذلك صاحب الأرض على قبول الإزالة أو على استبقاء المنشآت مع دفع أقل القيمتين وذلك منذ البداية وقبل انقضاء السنة . (العهد الثاني) عند انقضاء السنة . فإذا انقضت السنة دون أن يختار صاحب الأرض الإزالة أو يعلن إرادته في الاستبقاء (١) ، ودون أن يطلب

(١) ولا يشترط رفع الدعوى بالإزالة كما اشترط رفع دعوى الاسترداد في المادة ٩٢٣ مدني ، إذ لم يصرح في المادة ٩٢٤ مدني برفع الدعوى كما صرح في المادة ٩٢٣ مدني برفع دعوى الاسترداد . فيمكن إذن إبداء الرغبة ولو بكتاب مسجل ، بل ولو شفويا ، ويكون عبء الإثبات على صاحب الأرض (أنظر في هذا المعنى عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٦ ص ٥٨ هامش ١) .

صاحب المنشآت نزعها إذا كان التزع لا يلحق بالأرض ضرراً ، فإن المنشآت تبقى في الأرض ، ويتملكها صاحب الأرض بالالتصاق . ويجبر صاحب الأرض على استبقائها لأنه لا يستطيع طلب الإزالة بعد أن انقضت السنة (١) ، كما يجبر على دفع أقل القيمتين على النحو الذي قدمناه .

ولكن يلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة ٩٢٤ مدني ، عندما أجازت لصاحب المنشآت طلب نزعها إذا كان التزع لا يلحق بالأرض ضرراً ، لم تحدد ميعاداً لهذا الطلب ، كما حددت الفقرة الأولى من المادة نفسها ميعاد سنة لصاحب الأرض في طلب الإزالة . وعلى ذلك يبدو أنه يجوز لصاحب المنشآت ، حتى بعد انقضاء السنة ، طلب نزعها إذا كان التزع لا يلحق بالأرض ضرراً . وعند ذلك يكون صاحب الأرض مخيراً بين قبول التزع أو استبقاء المنشآت مع دفع أقل القيمتين . أما إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها بعد انقضاء السنة وطالب صاحب الأرض بدفع التعويض ، فإن هذا الأخير يكون مجبراً على دفع أقل القيمتين لصاحب المنشآت (٢) .

وتكون ملكية صاحب الأرض للمنشآت بطريق الالتصاق إذن ملكية معلقة على شرط واقف ، هو ألا نتزع المنشآت من الأرض ، لآبناء على طلب صاحب الأرض في خلال السنة وليس هذا شرطاً إرادياً محضاً لأن الأمر لا يتوقف على محض إرادة صاحب الأرض بل تختلط بإرادته ظروف تكيف من هذه الإرادة ، ولا بناء على طلب صاحب المنشآت في أي وقت واستجابة صاحب الأرض لهذا الطلب . فإذا لم تتزع المنشآت من الأرض ، تحقق الشرط الواقف ، وأصبحت ملكية صاحب الأرض للمنشآت بطريق

(١) قارن عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٥٩ ص ٣٧٧ هامش ١ .

(٢) ويؤيد ذلك ماورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : « فإذا مضت السنة ، أو إذا لم يتحتر (صاحب الأرض) الإزالة ، تملك المنشآت بالالتصاق ، ودفع أقل القيمتين قيمة البناء مستحقاً للإزالة أو ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء . فإذا لم يدفع أقل القيمتين ، كان للباني أن يلزمه بالدفع ، إلا إذا اختار نزع الأدوات المملوكة له مادام ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٠) . وانظر عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٦ ص ٥٨ - إسماعيل غانم ص ٥٨ - عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٥٩ ص ٣٧٧ - وقارن شفيق شحاتة فقرة ٢٣٣ ص ٢٤٤ هامش ١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٠ ص ٢٩٢ - ص ٢٩٣ - حسن كيرة ص ٦٩ - ص ٧٠ .

الالتصاق ملكية نافذة بآلة ، وكان لتحقيق الشرط أثر رجعي فتستند ملكية صاحب الأرض للمنشآت إلى وقت إدماجها في الأرض .

٤٠١ - الباني حسن النية يعتقد أنه راحل في إقامة المنشآت - نصوص قانونية :

تنص المادة ٩٢٥ مدني على ما يأتي :

« ١ - إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها ، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة ، وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغا يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها » :

« ٢ - إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الحسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها ، كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى في الفقرة الأولى وردت فيه عبارة « حسن النية » بدلا من عبارة « يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها » ، وفي الفقرة الثانية وردت فيه عبارة « لا يستطيع معه صاحب الأرض » بدلا من عبارة « يرهق صاحب الأرض » ، ووردت فيه أيضاً عبارة « إذا سمحت الظروف » متخللة عبارة « كان له أن يطلب تملك الأرض » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٩٧ في المشروع النهائي ، بعد حذف عبارة « إذا سمحت الظروف » . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٤ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ، اقترح أن تحل عبارة « يعلم أنها مملوكة له » محل عبارة « حسن النية » في الفقرة الأولى ، حتى يكون هناك اتساق بين عبارة هذه المادة وعبارة المادة السابقة . فأجيب بأنه لا يمكن النص على العلم أو عدمه في هذه المادة لأنه قد يكون الباني مستأجراً فهو يعلم أنه ليس مالكا ولكنه يعتقد أن له الحق في البناء ، فاستعاضت اللجنة عن عبارة « حسن النية » في الفقرة الأولى بعبارة « يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها » لتعيين معنى حسن النية على وجه الدقة في تطبيق أحكام هذه الفقرة . واستبدلت في الفقرة الثانية بعبارة « لا يستطيع معه صاحب الأرض » عبارة « يرهق صاحب الأرض » ، لأن المقصود هو مجرد الإرهاق لا التثبيت من عدم الاستطاعة . وأصبح النص ، تحت رقم ٩٢٥ ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدله لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١٩ - ص ٣٢٢) .

وهنا أيضا جاء النص في عبارات عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت

ويقابل النص في التقنين المدني الوطني السابق م ٤/٦٥ : إنما إذا كان البناء أو الغرس حصل من شخص في أرض تحت يده على زعم أنها ملكه ، ثم رفعت يده عنها بحكم تقرر فيه عدم وقوع غش منه في وضع يده عليها ، فليس لمالك الأرض أن يطلب إزالة شيء مما ذكر ، بل يكون مخيراً بين دفع قيمة المهمات والأدوات وأجرة العملة ، وبين دفع مازاد في قيمة الأرض بسبب ما حدث فيها . (ويختلف هذا النص عن نص التقنين المدني الجديد فيما يأتي : (١) يفترض نص التقنين السابق أن الباني قد حاز الأرض بنية تملكها ، أما التقنين الجديد فعمارته عامة تشمل كل شخص يبني في ملك غيره ولو كانت حيازته عارضة . (٢) يجعل التقنين الجديد للباني حسن النية حق طلب نزع المنشآت ، أما التقنين السابق فلا يجعل له هذا الحق . (٣) يجعل التقنين الجديد لصاحب الأرض الحق في طلب تملك الأرض لصاحب المنشآت نظير تعويض عادل إذا بلغت المنشآت حداً من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها ، أما التقنين السابق فلا يجعل لصاحب الأرض هذا الحق) .

م ٩١ مختلط : إذا كان لدى من غرس أو بني أسباب معقولة ليعتقد أنه مالك ، فلا يصير إزالة الغراس أو البناء ، بل للمالك أن يدفع مازاد على قيمة العقار بحسب ما يقدره أهل الخبرة . (ويختلف التقنين المختلط عن التقنين الوطني في أنه يلزم صاحب الأرض أن يدفع لصاحب المنشآت مازاد في قيمة الأرض ، ولا يخيره بين دفع هذه القيمة ودفع قيمة المهمات والأدوات وأجرة العملة - كما يفعل التقنين الوطني) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري ٨٨٩ : ١ - إذا كان الغير الذي شيد الأبنية أو غرس الأغراس ذا نية حسنة ، فلا يكون مسئولاً تجاه مالك العقار عن الثمار التي استوفاهما ، ولا تقع عليه إلا تبعة التلف أو الضرر الذي حدث بسببه . ٢ - وإذا كان قد بني أو غرس على الأرض المطلوب استرجاعها ، فلا يجبر على نزع الأبنية التي بناها ولا الأغراس التي غرسها ، ويدفع له تعويض عن التحسين الذي حصل للأرض بسبب هذه الأبنية والأغراس . ٣ - وإذا كانت الأبنية والأغراس ذات قيمة تفوق قيمة الأرض ، فلصاحب الأغراس والأبنية الحق في أن يملك الأرض المبنى عليها أو المغروسة لقاء قيمة رقبته للمالك . (ويختلف التقنين السوري عن التقنين المصري في أنه يفترض أن الباني يحوز الأرض بنية تملكها ، وفي أنه لا يجعل لصاحب المنشآت إلا الحق في تقاضي قيمة مازاد في ثمن الأرض دون قيمة المواد وأجرة العمل ، وفي أنه يجعل لصاحب المنشآت الحق في تملك الأرض إذا زادت قيمة المنشآت على قيمة الأرض) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٢٠ : إذا أحدث شخص بناء أو غراساً أو منشآت أخرى

بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي ، فإن كانت قيمة المحدثات قائمة أكبر من قيمة الأرض كان للمحدث أن يملك الأرض بشئ مثلاً . وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات ، كان لصاحب الأرض أن يملكها بقيمتها قائمة . (ويختلف التقنين

في أرض غيره بمواد من عنده ، وهو يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها .
ولكننا نقتصر ، كما اقتصرنا في المادة السابقة ، على تطبيق النص في أحد
فروضه ، هو الفرض الذي يكون فيه الباني في أرض غيره حائزاً للأرض
بنية تملكها ، وترفع عليه دعوى استحقاق من مالك الأرض ، فيسترد
هذا الأخير الأرض والمنشآت طبقاً للقواعد التي سنذكرها فيما بعد . وهذه
القواعد هي الأحكام العامة في الالتصاق فيما يتعلق بالباني بحسن النية ، وتكمل
الأحكام التي سبق أن أوردناها في خصوص الباني سيء النية . وسنطبق هذه
الأحكام جميعاً ، فيما يتعلق بالباني بحسن النية كان أو سيئها ، في فروض
أخرى مختلفة غير فرض الحائز للأرض بنية تملكها كما سبق القول (١) .

ونفرض هنا ، كما فرضنا فيما تقدم (٢) ، أن شخصاً وضع يده على
أرض مملوكة لغيره باعتبار أنه المالك ، وقد أقام منشآت في هذه الأرض
بمواد من عنده . ونفرض أن مالك الأرض رفع دعوى استحقاق على
الحائز ، واسترد الأرض . والمفروض أن الحائز حسن النية وقت أن أقام
المنشآت ، إلا إذا أثبت صاحب الأرض أنه سيء النية كما قدمنا (٣) .
ومعنى حسن النية هنا أن يعتقد الباني أن له الحق في إقامة المنشآت ، وليس
معناه حتماً أنه يعتقد أنه يملك الأرض (٤) . فإذا أثبت صاحب الأرض أن

=العراق عن التقنين المصري في أنه يوازن بين قيمة الأرض وقيمة المنشآت ، فإذا كانت
قيمة المنشآت أكبر من قيمة الأرض كان لمن أقام المنشآت تملك الأرض بضمن مثلها ، وإن كانت
قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المنشآت كان لصاحب الأرض أن يملك المنشآت بقيمتها مستحقة
البقاء) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢١٦ (موافقة للمادة ٨٨٩ سوري) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٤) فيكفي إذن حسن النية بهذا المعنى ، ولا يشترط السبب الصحيح كشرط مستقل .
فن وضع يده على أرض بعقد باطل كالمشترى للأرض الموقوفة (استئناف مصر ١٦ يونيه
سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٠٧ ص ٣٦٩) ، أو بسبب ظني كالباني في أرض بور يعتقد
أنه تملكها بالاستيلاء (استئناف مخطط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٥٠) ، يكون
مع ذلك حسن النية (عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤٦ ص ٥٦ - ص ٥٧) .

الباني كان يعلم وقت أن أقام المنشآت أنه لا يملك الأرض ، فان ذلك لا يكون قاطعاً في إثبات سوء نيته (١) ، إذ يبقى بعد ذلك أن يثبت الباني أنه بالرغم من علمه بعدم ملكيته للأرض كان يعتقد وقت أن أقام المنشآت أن له الحق في إقامتها (٢) . مثل ذلك أن يثبت أنه رخص له من صاحب الأرض في إقامة المنشآت (٣) ، أو أنه منتفع رخص له مالك الرقبة في البناء على الأرض المنتفع بها (٤) ، أو أنه مستأجر رخص له المؤجر في أن يقيم منشآت في الأرض المؤجرة دون أن يتفق معه على مصير هذه المنشآت (٥) ، أو كان يعتقد أن له حق حكر ينحوله البناء (٦) . فاذا كان الباني حائزاً للأرض بنية تملكها ، فان حسن نيته يتمثل عادة في اعتقاده أنه يملك الأرض ، كما لو وضع يده على أرض يعتقد أنه ملكها بالميراث أو بالوصية أو بعقد ، ولم يكن يعلم وقت أن أقام المنشآت أنه في الحقيقة غير وارث أو أن الوصية قد رجع فيها الموصى أو أن العقد باطل .

ففي هذا الفرض لا يكون لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت ، كما كان له هذا الحق فيما إذا كان الحائز سيء النية على النحو الذي قدمناه (٧) . ذلك بأننا أجزنا لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة جزاء على سوء نية الحائز ، أما هنا فالحائز حسن النية فلا يجوز لصاحب الأرض طلب الإزالة . وللحائز أن يطلب استبقاء المنشآت في الأرض ، وفي هذه الحالة يملكها صاحب الأرض بالالتصاق . وعليه أن يعرض الحائز ،

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٦٥ .

(٢) ولا يغير من حسن نيته أن يعلم ، بعد إقامته للمنشآت ، أن ليس له حق في إقامتها .

(٣) انظر مايلي فقرة ١٠٥ .

(٤) انظر مايلي فقرة ١٠٥ فقرة ١٠٦ .

(٥) انظر مدار في هذا الصدد في لجنة مجلس الشيوخ آنفاً ص ٢٨٤ هامش ١ . وانظر فيما يتعلق بالمستأجر وفي أنه يخضع لأحكام وردت بها نصوص خاصة مايلي فقرة ١١٠ . والتمثيل بالمستأجر هنا مقصور على استعراض حالة يكون فيها الباني عالماً بأنه لا يملك الأرض ولكنه يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامة المنشآت ، وليس معناه أن أحكام الالتصاق تنطبق حتماً عليه دون أي تحوير فيها (قارن محمد علي عرفة ٢ فقرة ٤٨ ص ٨٦ هامش ٢) .

(٦) استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٥ .

(٧) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

وله في هذا التعويض الخيار في أن يدفع أقل القيمتين . فاما أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل وهذه هي القيمة التي افتقر بها الحائر ، أو أن يدفع مبلغا يساوي ثمن ما زاد في قيمة الأرض بسبب المنشآت وهذه هي القيمة التي اغتنى بها صاحب الأرض . فصاحب الأرض إذن يدفع أقل القيمتين ، قيمة ما اغتنى به وقيمة ما افتقر به الحائر . وهذا هو عين ما يدفعه طبقا للقواعد المقررة في الإثراء على حساب الغير . ولا يجوز له أن يختار دفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة كما يكون له ذلك في حالة الحائر سىء النية فما قدمناه ، لأنه ليس له أن يطلب الإزالة كما قدمنا ومن ثم لا يوجد مسوغ لدفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة ، ولأن هذه القيمة (وهي قيمة أنقاض البناء منقوصا منها مصروفات هدمه) تكون عادة أقل بكثير من القيمتين الأخريين اللتين بخير بينهما صاحب الأرض فلا يجوز فرضها على الحائر وهو حسن النية إذا جاز فرضها على الحائر سىء النية . وإذا كان صاحب الأرض بخير ، في حالة الحائر حسن النية ، بين دفع قيمة ما اغتنى به (زيادة قيمة الأرض) أو دفع قيمة ما افتقر به الحائر (قيمة الأدوات وأجرة العمل) ، فيبدو أن ذلك ليس مجرد تطبيق لقواعد الإثراء على حساب الغير ، وإلا لما كان هناك حاجة إلى النص على ذلك ، أو إذا وجد النص لاكتفى بالإحالة على هذه القواعد . ويحسن القول ، تنسيقا لأحكام الالتصاق في مجموعها ، إن التزام صاحب الأرض بدفع تعويض للحائر وتقدير هذا التعويض بقيمة معينة ، في جميع فروض الالتصاق – حتى في الفرض الذي نحن بصددده حيث يقضى القانون بتعويض مماثل للتعويض الذي تقضى به قواعد الإثراء على حساب الغير – هو التزام مصدره القانون لا مبدأ الإثراء على حساب الغير^(١) . ومن ثم يتقادم هذا الالتزام بخمس عشرة سنة لا بثلاث سنوات ، شأنه في ذلك شأن الالتزامات الأخرى التي ينشئها القانون في صدد التملك بالالتصاق^(٢) .

(١) انظر في هذا المعنى محمد علي عرفة ٢ فقرة ٤٣ ص ٧٤ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٠٠ وفقرة ١٠٣ – ويترتب على أن الحكم ليس مجرد تطبيق لأحكام الإثراء بلا سبب أن في الإثراء بلا سبب لو نهدم البناء قبل المطالبة ، كان لصاحبه المطالبة بالرغم من تدمره ، أما هنا فيبدو أن ليس لصاحب البناء إذا كان البناء قد تهدم قبل المطالبة أن يطالب بشيء . انظر في هذا المعنى عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧ ص ٦٠ .

ولما كان الباني في أرض غيره في الفرض الذي نحن بصدده حسن النية ، فقد أولاه القانون رعاية خاصة في أمرين : (الأمر الأول) أنه أجاز له ، بدلا من تقاضي أقل القيمتين على النحو الذي قدمناه : أن يطلب نزع المنشآت من الأرض إذا رأى له مصلحة في ذلك . وقد تتحقق هذه المصلحة فيما إذا كان نزع المنشآت لا ينشأ عنه تلف كبير لها ، وكانت قيمتها بعد النزع أكبر مما يتقاضاه من صاحب الأرض على الوجه السابق بيانه . ولكنه يلتزم في هذه الحالة باعادة الأرض إلى أصلها بعد نزع المنشآت منها ، أو بتعويض صاحب الأرض عما عسى أن يصيب الأرض من ضرر بسبب نزع المنشآت (١) . وإذا كان للباني حسن النية طلب نزع المنشآت على الوجه المتقدم ، فإن هذا حق له لا واجب عليه (٢) . فليس لصاحب الأرض أن يجبره على ذلك ، وقد قدمنا أنه ليس لصاحب الأرض طلب الإزالة . (والأمر الثاني) ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ مدني فيما رأيناه من أنه « إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامه يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها . كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل » .

ويلاحظ أننا لم نقف هنا عند معيار موضوعي كما وقف التقنين السوري والتقنين العراقي والقانون اللبناني (٣) . فلم نوازن بين قيمة الأرض وقيمة المنشآت . ولم نجعل لصاحب المنشآت أن يملك الأرض إذا كانت قيمة المنشآت أكبر من قيمة الأرض . بل أخذنا بمعيار ذاتي ، فجعلنا العبرة بالمقدرة المالية لصاحب الأرض شخصا . فإن كان يرهقه أن يؤدي لصاحب

(١) ويمكن القول مع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إنه إذا كان نزع المنشآت يخلط للأرض ضرراً جسيماً ، لم يجوز لصاحب المنشآت طلب نزعها ، وإلا كان في هذا تعسف في استعمال حقه (انظر المذكرة الإيضاحية إذ تقول : « هذا كله إلا إذا طلب الباني نزع الأدوات ولم يكن نزعها ياحق بالأرض ضرراً جسيماً » : مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣١) . انظر في هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ٢٣٣ ص ٢٤٤ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٤٣ ص ٧٥ - إسماعيل غانم ص ٥٨ - عبد المنعم قريج الصده فقرة ٢٦٠ ص ٢٧٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢١ ص ٢٩٣ هامش ١ .

(٢) إذ تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٩٢٥ مدني ، كما رأينا ، « هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها » .

(٣) انظر آنفاً ص ٢٨٤ هامش ١ .

المنشآت ما هو مستحق له لجسامة المنشآت التي أقيمت ، كان له ، بدلا من تملك المنشآت بالالتصاق ، أن يطلب تملك الأرض لصاحب المنشآت ، على أن يدفع هذا له تعويضا عادلا عن الأرض يقدره الخبير عند الاقتضاء^(١). ويجوز للقاضي أن يجعل أداء هذا التعويض على أقساط دورية بناء على طلب صاحب المنشآت ، أسوة بسائر أنواع التعويض التي تستحق بسبب الالتصاق^(٢). وقد كان نص المشروع التمهيدى في هذا الصدد يقضى . كشرط لتمليك الأرض لصاحب المنشآت . عدم استطاعة صاحب الأرض دفع المستحق عليه إذا هو تملك المنشآت . فعُدل النص في لجنة مجلس الشيوخ واكتفى بأن يكون الدفع مرهقا لصاحب الأرض . « لأن المقصود هو مجرد الإرهاق لا التثبيت من عدم الاستطاعة »^(٣) . ويملك صاحب المنشآت الأرض .

(١) وقد كان القضاء المختلط يجرى في بعض أحكامه على هذا المبدأ دون نص ، بالتطبيق لقواعد العدالة (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٠٠ - ٢٠ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٦٦ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١٧ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٨ - ٨ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٦٤ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٢) . ويذهب بعض الفقهاء إلى أن التعويض العادل يمكن أن يكون أقل من قيمة الأرض الحقيقية ، نظراً لأن الأرض تملك لصاحب المنشآت وهو حسن النية جبراً عليه (عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٦٢ ص ٣٨١) . ويمكن القول بأنه إذا ثبت خطأ في جانب صاحب الأرض بأن تركها مثلاً تتنقل من يد إلى يد دون تحوط منه إلى أن استقرت في يد حائر حسن النية ، أمكن أن يكون صاحب الأرض مسئولاً عن هذا الخطأ ، وقد يستنزل جزء من قيمة الأرض كتعويض مستحق في ذمة صاحب الأرض لصاحب المنشآت . انظر أيضاً في هذه المسألة منصور مصطلق منصور فقرة ١٢١ ص ٢٩٤ - ص ٢٩٥ .

(٢) انظر المادة ٩٢٧ مدني فيما يلي فقرة ١١١ .

(٣) انظر ما دار في لجنة مجلس الشيوخ في هذا الشأن آنفاً ص ٢٨٤ هامش ١ - وقد حرت في لجنة مجلس الشيوخ أيضاً موازنة بين الحكم الوارد في المادة ٢/٩٢٥ مدني وحكم الفقه الإسلامي الذي يقضى بأنه إذا اتضح أن قيمة البناء تزيد على قيمة الأرض كان صاحب الأرض بالخيار بين تملك الأرض لصاحب المنشآت أو استبقاء هذه المنشآت . وواضح أن معيار الفقه الإسلامي ، وهو زيادة قيمة المنشآت على قيمة الأرض ، هو معيار موضوعي أومادى . وواضح أيضاً أن المعيار الذي أخذت به المادة ٢/٩٢٥ مدني وهو أن يرهق التعويض صاحب الأرض شخصياً ، هو معيار شخصي أو ذاتي . وفي ضوء ما هو واضح في شأن كل من المعيارين يجب فهم العبارة التي وردت في محضر لجنة مجلس الشيوخ على لسان رئيس اللجنة من « أن المعيار الوارد في المادة معيار شخصي وأن المعيار الوارد في الفقه الإسلامي =

إذا توافر شرط الإرهاق ، لا يحكم الالتصاق ، فان الالتصاق إنما يكون سبباً لتملك صاحب الأرض للمنشآت لا لتملك صاحب المنشآت للأرض . وإنما يملك صاحب المنشآت الأرض ويلتزم بدفع التعويض بحكم القانون ، بناء على إرادة منفردة تصدر من صاحب الأرض . وقد قصر حق تملك الأرض لصاحب المنشآت على حالة البناء بحسن نية دون حالة البناء بسوء نية ، لأنه في حالة البناء بسوء نية يستطيع صاحب الأرض أن يتفادى الإرهاق بأن يطلب الإزالة ، في حين أنه في حالة البناء بحسن نية لا يستطيع صاحب الأرض طلب الإزالة فأعطى عوضاً عنه حق تملك الأرض لصاحب المنشآت تفادياً للإرهاق^(١) .

وإذا ملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق على النحو الذي قدمناه ، فان ملكيته هذه تكون معلقة على شرط واقف ، هو ألا يطلب صاحب المنشآت نزاعها أو يطلب هو تملك الأرض لصاحب المنشآت . فاذا تحقق الشرط الواقف . ولم تنزع المنشآت من الأرض وبقيت الأرض على ملك صاحبها . فان صاحب الأرض يتسلط المنشآت بالالتصاق كما قدمنا . ويكون التحقق الشرط أثر رجعي . فيستند إلى الوقت الذي أدمجت فيه المنشآت في الأرض . وقد سبق تقرير ذلك في مواضع مختلفة^(٢) .

§ - ٢ فروض أخرى تدرى عليها العلم العام بالالتصاق في صورة الثانية

١٠٥ - فرض ما إذا رخص صاحب الأرض للبناء - نص

قانوني : تنص المادة ٩٢٦ مدني على ما يأتي :

« إذا أقام أجنبي منشآت بمزاد من عنده بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض ، فلا يجوز لهذا المالك إذا لم يوجد اتفاق في شأن هذه المنشآت

= معيار مادي . وأنه يفضل المعيار الشخصي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٢) .

ففي السطر الأخير من العبارة ، كما هو ظاهر من استبقاء المعيار الشخصي دون المعيار الموضوعي ، أن رئيس اللجنة يفضل (يوثر) المعيار الشخصي ، لا أن المعيار الموضوعي يفضل (أفضل من) المعيار الشخصي . قارن مع ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ٥٨ ص ١٠٦ هامش ١ : وهو يأخذ بالمعيار الموضوعي ويشترط زيادة قيمة البناء على قيمة الأرض .

(١) أنظر في هذا المعنى إسماعيل غانم ص ٥٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٦٢

ص ٣٨١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٠ و فقرة ١٠٣ .

أن يطلب إزالتها . ويجب عليه ، إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها ، أن يؤدي إليه إحدى القيمتين المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة السابقة « (١) » .

وبخلاص من هذا النص أننا نواجه هنا فرضاً يكون فيه الباني غير حائز للأرض بنية تملكها ، إذ هو قد حصل على ترخيص من صاحب الأرض في إقامة البناء . وهذا إقرار منه بأن الأرض ليست ملكه ، ولا يضع يده عليها بنية تملكها . ولكنه بالترخيص الذي حصل عليه من صاحب الأرض يكون له الحق في إقامة البناء ، ومن ثم يكون في وضع الحائز حسن النية الذي يعتقد أن له الحق في إقامة المنشآت . والمفروض أن الترخيص قد سكت عن مصير المنشآت ، فليس هناك اتفاق بين صاحب الأرض ومن أقام المنشآت على ما إذا كان صاحب الأرض يملك هذه المنشآت ، وفي نظير

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٨ في المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٥ . فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٣ - ص ٣٢٤) .
ويقابل النص في التقنين المدنى المختلط م ٨٩ : من بنى أو بنى فى أرض بإذن صريح من مالكها . بدون شرط ولا قيد : يكون مالكا لتلك الأرض . (وهذا الحكم غريب يخرج على القواعد المألوفة ، إذ يملك الأرض لصاحب المنشآت بمجرد ترخيص صاحب الأرض في إقامة المنشآت دون شرط ولا قيد . ويعتبر أن هذا الترخيص بمثابة تملك ضمنى للأرض . والصحيح هو ما ورد في المادة ٩٢٦ من التقنين المدنى الجديد ، إذ المعقول أن كل ما يترتب على ترخيص صاحب الأرض في إقامة منشآت فى أرضه أن يعتبر صاحب المنشآت حسن النية يعتقد أن له الحق في إقامة المنشآت عند إقامتها) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل

التقنين المدنى الليبى م ٩٣٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٢١ : إذا أحدث شخص منشآت من عنده وعلى أرض غيره بإذن ، فإن لم يكن بينهما اتفاق على مصير ما أحدثه ، فلا يجوز لصاحب الأرض أن يطلب قلع المحدثات . ويجب عليه ، إذا لم يطلب صاحب المحدثات قلعها ، أن يؤدي إليه قيمتها قائمة . (والتقنين العراقى يتفق مع التقنين المصرى ، فيما عدا أن التقنين العراقى لا يجعل الخيار لصاحب الأرض فى تعويض صاحب المنشآت بأعطائه أقل القيمتين ، بل يلزمه بأن يؤدي قيمة المنشآت قائمة ، كما هو شأن أى حائز حسن النية فى هذا التقنين : م ١١٢٠ مدنى عراقى) .
قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

أية قيمة يكون هذا التملك ، أو ما إذا كان له أو لصاحب المنشآت الحق في طلب إزالتها . وكان المثل الظاهر لهذا الوضع هو المستأجر ، يرخص له المؤجر في البناء في العين المؤجرة دون أن يتفق معه على مصير المنشآت (١) ، لو لا أن القانون أورد نصوصا خاصة بعقد الإيجار يجب تطبيقها دون تطبيق الأحكام العامة في الالتصاق على ما سيجيء (٢) ، ويمكن افتراض أن الباني قد بنى في أرض ترتب له عليها حق انتفاع ، وقد بنى بترخيص من مالك الرقبة دون أن يتضمن هذا الترخيص اتفاقا على مصير البناء ، فهنا يكون المنتفع قد بنى في الأرض المنتفع بها بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض (٣) .

وفي هذا الفرض لا شك في وجوب اعتبار الباني حسن النية ، فهو وإن كان يعلم أنه غير مالك للأرض ، إلا أنه حصل على رخصة من صاحب الأرض في البناء ، فله إذن الحق في إقامته . وعلى هذا يكون في وضع مماثل تماما لوضع الحائز الذي يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامة البناء ، وهو الوضع المنصوص عليه في المادة ٩٢٥ مدني فيما قدمناه .

وعلى ذلك فالواجب تطبيق أحكام المادة ٩٢٥ مدني في هذا الفرض ، وقد طبقت المادة ٩٢٦ مدني سالفة الذكر فعلا هذه الأحكام . فهي تقضي بأن مالك الأرض لا يجوز له ، بعد أن رخص في إقامة البناء ، أن يطلب إزالته . فيبقى البناء إذن في الأرض ، ويملكه صاحب الأرض بالالتصاق ، ويدفع تعويضا للباني أقل القيمتين ، قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء وقيمة المواد مع أجر العمل . ويجوز للباني ، لالصاحب الأرض ، أن يطلب نزع البناء من الأرض ، على أن يعيد الأرض إلى أصلها أو يعرض صاحبها عن الضرر الذي عسى أن يصيبها من جراء نزع البناء . ويشترط في ذلك ألا يكون نزع البناء من شأنه أن يضر بالأرض ضررا جسيما ، وإلا كان الباني متعسفا في استعمال حقه في طلب نزع البناء .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الاحتمال التفسيرية ص ٢٣١ .

(٢) أنظر مائيل فقرة ١١٢ .

(٣) أنظر في حالة بناء المنتفع في الأرض المنتفع بها دون الحصول على ترخيص من مالك الرقبة ، وفي اعتباره بانيا في أرض غيره وهو سوء النية مائيل فقرة ١٠٦ .

ونرى من ذلك أننا طبقنا في هذا الفرض ، بموجب المادة ٩٢٦ مدني سالفه الذكر ، نفس الأحكام الواردة في المادة ٩٢٥ مدني ، وهي الأحكام العامة في الالتصاق فيما إذا كان الباني حسن النية . ولا شك في حسن نية الباني في فرضنا هذا ، ومن ثم تسري الأحكام العامة في الالتصاق بصريح نص المادة ٩٢٦ مدني كما نرى . وتسري بما أوردناه من تفصيلات فيما أسلفناه (١) .

غير أن هناك حكماً خاصاً نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ مدني ، يحيز لصاحب الأرض أن يملك الأرض للباني حسن النية في نظير تعويض عادل ، إذا كان البناء قد بلغ حداً من الجسامه يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها (٢) . ولما كان هذا الحكم هو حكم استثنائي محض ، فلا يصح إجراؤه إلا بنص خاص . ولم تشمل المادة ٩٢٦ مدني على هذا النص كما اشتملت عليه المادة ٩٢٥ مدني فيما رأينا . ومن ثم يبدو أنه لا يجوز تطبيقه في الفرض الذي نحن بصدده . ولا يستطيع صاحب الأرض ، إذا لم يختار الباني نزع البناء ، إلا أن يملك البناء بأدنى التيمتين بطريق الالتصاق ، ولا يجوز له أن يملك الأرض للباني ولو كان التعويض الواجب عليه دفعه مرهقاً له (٣) .

١٠٦ - فرضه ما إذا بنى المنتفع في الأرضه المنتفع بها : وإذا بنى

المنتفع في الأرض المنتفع بها ، وجب التمييز بين أمرين :
(الأمر الأول) أن يكون المنتفع قد حصل على ترخيص من مالك

(١) انظر آنفاً فقرة ١٠٤ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٠٤ .

(٣) ويمكن تعليل عدم الأخذ بجواز تملك الأرض لصاحب المنشآت في هذا الفرض ، بأنه ما دام صاحب الأرض قد رخص لصاحب المنشآت في إقامتها ، فلا يحق له أن يتمسك بأن التعويض مرهق له بعد أن صدر منه ترخيص في إقامة المنشآت . أما إذا كان الباني لم يحصل على ترخيص من صاحب الأرض في إقامة البناء ، فهما كانت فيته حسة فإن التعويض يجوز أن يرهق صاحب الأرض وهو لم يصدر منه ترخيص في البناء ، فأجيز له تفادياً من هذا الإرهاق أن يطلب تملك الأرض لصاحب المنشآت .

الرقبة في البناء^(١) . وهنا يعتبر بانبا حسن النية ، وتسرى عليه تبعاً لذلك أحكام المادتين ٩٢٥ و ٩٢٦ مدني . فيتملك صاحب الرقبة البناء بالالتصاق ، وعليه أن يدفع للمتفع أدنى القيمتين ، قيمة المواد وأجر العمل وقيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء . وللمتفع ، إذا اختار ذلك ، أن يطلب نزع البناء من الأرض على أن يعيدها إلى أصلها . ولكن ليس لصاحب الرقبة أن يطلب إزالة البناء^(٢) .

(والأمر الثاني) أن يكون المتفع قد بنى في الأرض المتفع بها دون الحصول على ترخيص في ذلك من مالك الرقبة . وهنا يعتبر بانبا سيء النية ، وتسرى عليه تبعاً لذلك أحكام المادة ٩٢٤ مدني . فيجوز لمالك الرقبة أن يطلب إزالة البناء ، وإذا استبقاه تملكه بالالتصاق على أن يدفع للمتفع أدنى القيمتين ، قيمة البناء مستحق الإزالة أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء^(٣) . وقد اعتبرنا المتفع الذي لم يحصل على ترخيص في البناء سيء النية ، لأنه لا يستطيع أن يتمسك بأن له حقاً كمتفع في البناء على الأرض المتفع بها إذا لم يكن قد حصل على ترخيص في ذلك من مالك الرقبة . فان المادة ٩٨٨ مدني توجب على المتفع « أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها » ، ويترتب على ذلك أنه ليس من حقه أن يغير حالة الأرض المتفع بها باقامة بناء عليها ، وإذا هو فعل فانه يكون قد بنى وهو سيء النية فتسرى عليه أحكام الباني سيء النية^(٤) .

(١) وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدني يشتمل على نص هو المادة ١٢٤٢ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « ليس للمتفع أن يحدث أى بناء أو غراس بغير رضاء المالك ، وعليه أن يثبت هذا الرضاء بالكتابة أو بما يقوم مقامها » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٦ في الهامش) ، فلم يبق إلا تطبيق المبادئ العامة (أنظر ما يلي فقرة ٥٤٣) .

(٢) أنظر في ذلك آنفاً فقرة ١٠٥ .

(٣) أنظر في تفصيل ذلك ما قلناه آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٤) عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٢ ص ٦٦ - وقد نص قانون الملكية العقارية اللبناني^(١) صراحة على أن المتفع إذا بنى أو غرس في الأرض المتفع بها تسرى عليه أحكام الباني أو الغارس في أرض غيره وهو سيء النية ، إذ تنص الفقرة الأخيرة من المادة ٢١٧ من هذا القانون على ما يأتي : « وعند انقضاء أجل الانتفاع ، تطبق هذه الأحكام (أحكام الباني أو الغارس وهو سيء النية) على المتفع الذي يكون قد شيد أبنية أو غرس أفراساً في الأرض » .

وهذه المسألة محل خلاف شديد في القانون الفرنسي . فالقضاء الفرنسي يذهب إلى أن المتفع إذا بنى في الأرض المتفع بها دون ترخيص من مالك الرقبة ، وجب عليه أن يترك البناء لمالك الرقبة دون أن يتقاضى منه أى تعويض . شأن البناء في ذلك شأن التحسينات التي يجريها المتفع في العين المتفع بها فلا يتقاضى عنها تعويضا . أما الفقه الفرنسي فنقسم ، فمن الفقهاء من يساير القضاء الفرنسي فيما ذهب إليه (١) . ومنهم من يخالفه ويعامل المتفع معاملة الباني سىء النية (٢) . أما في القانون المصري فلا محل لهذا الخلاف ، إذ لا يتضمن التقنين المدني المصري . كما تضمن التقنين المدني الفرنسي (م ٥٩٩) ، نصا يحرم المتفع من الرجوع بالتحسينات التي أجراها في العين المتفع بها على مالك الرقبة . وهو النص الذي قاس عليه القضاء الفرنسي حرمان المتفع من الرجوع بأى تعويض على مالك الرقبة فيما يقيمه من منشآت في العين المتفع بها . فالمتفع إذن ، في القانون المصري ، له الحق في الرجوع بالتعويض على مالك الرقبة فيما يقيمه من بناء . ولكنه يعتبر بانيا سىء النية ما دام لم يحصل على ترخيص في البناء من مالك الرقبة كما سبق القول (٣) .

١٠٧ - فرضه ما إذا بنى المالك ثم أبطلت ملكيته أو فسخت : وهنا أيضا لا نواجه حائرا للأرض بنية تملكها . بل نواجه مالكا للأرض وقد بنى فيها وهو لا يزال مالكا . ثم أبطلت ملكيته أو فسخت . فتسرى عليه الأحكام العامة للاتصاق سريانها على الحائز للأرض بنية تملكها .

ونستعرض بادىء ذي بدء فرضا يكون فيه الباني واضعا يده على الأرض بموجب عقد باطل . فهنا يكون الباني غير مالك للأرض أصلا . ويكون بانيا في أرض غيره بنية سيئة أو بنية حسنة بحسب الأحوال . فان كان يعلم

(١) بودرى وشوفر فقرة ٣٧٣ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٧٠ هامش ٢٣ وفقرة ٢٣٥ ص ٧٠٦ - بلانيول وريين وبيكار ٣ فقرة ٨٧٩ - كولان وكابيتان ودي لاموراندبير ١ فقرة ١١٤٩ - وقرب مازو فقرة ١٦٠٢ .

(٣) أنظر عكس ذلك وأن المتفع يعتبر بانيا حسن النية حتى لو لم يحصل على ترخيص في البناء : محمد علي عرفة ٢ فقرة ٥٠ .

أن عقده باطل وأنه لا يملك الأرض بهذا العقد ، فهو بان سيء النية ، ويكون لمالك الأرض حق الإزالة أو حق استبقاء البناء وتملكه بالالتصاق في مقابل أدنى القيمتين ، قيمة البناء مستحق الإزالة أو قيمة زيادة الأرض ، وذلك كله وفقاً لأحكام المادة ٩٢٤ مدني على التفصيل الذي قدمناه (١) . وإن كان لا يعلم ببطان عقده ويعتقد وقت أن بني أنه مالك للأرض وأن له حق البناء فيها ، كان بانياً حسن النية ، ولا يكون لمالك الأرض حق الإزالة بل يملك البناء بالالتصاق في مقابل أدنى القيمتين ، قيمة المواد مع أجر العمل أو قيمة زيادة الأرض . ولكن يكون للبانى حق نزع البناء إذا شاء . ويكون لمالك الأرض تملكها للبانى ، وذلك كله وفقاً لأحكام المادة ٩٢٥ مدني على التفصيل الذي قدمناه (٢) .

وقد يكون البانى مالكا للأرض بعقد قابل للإبطال ، وبني قبل إبطال العقد . فإذا أبطل العقد كان إبطاله بأثر رجعي ، وتبين أن البانى قد بني في أرض لا يملكها . فإن كان يعلم بعيوب عقده وأنه قابل للإبطال ، كان بانياً سيء النية . وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدني . أما إذا كان لا يعلم بعيوب العقد ويعتقد أنه يملك الأرض وأن له الحق في إقامة البناء ، فانه يكون بانياً حسن النية . وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٥ مدني .

وقد يكون البانى مالكا للأرض ، وقد بني عليها وهو لا يزال مالكا ، ثم فسخت ملكيته . مثل ذلك مشتر للأرض لم يدفع الثمن ، أو راس عليه مزاد الأرض وتخلف عن دفع باقي الثمن . فالأول يفسخ عقده بأثر رجعي ، والثاني يغاد البيع على مسئوليته ويفسخ رسو المزاد عليه بأثر رجعي كذلك . وهذا وذاك يعتبران أنهما لم يملكا الأرض أصلاً وأنهما وقت أن بنيا فيها لم يكن لهما الحق في إقامة البناء . ولما كان سبب الفسخ راجعاً إلى خطأهما إذ تخلفا عن دفع الثمن ، فإن كلا منهما يعتبر بانياً في أرض غيره وهو سيء النية ، فتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدني (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٤ .

(٣) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٧٠ - الوسيط ١ فقرة ٤٧٨ -

محمد كامل مرسي ٣ فقرة ١١٩ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٥١ ص ٩٢ - عبد المنعم قريش القصة فقرة ٢٦٧ - أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي في البيع فقرة ٧٠٠ ص ٤٨١ .

وقد يكون الباني مشترى للأرض تحت شرط فاسخ ، أو راس عليه مزاد الأرض وقررت عليه الزيادة بال عشر ، فتحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعى أو رسا المزاد على شخص غير من رسا عليه المزاد الأول . فيعتبر المشتري تحت شرط فاسخ إذا تحقق الشرط بغير خطئه ، وكذلك الراسى عليه المزاد الأول ، كل منهما قد بنى فى أرض غيره وهو حسن النية ، فتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٥ مدنى . أما إذا تحقق الشرط الفاسخ بخطأ المشتري ، فانه يعتبر بانيا فى أرض غيره وهو سيء النية ، وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدنى (١) .

١٠٨ - فرض ما إذا بنى البائع فى الأرض المبيعة قبل تسجيل العقد

البيع أو بنى المشتري فى هذه الأرض قبل التسجيل : إذا باع شخص لشخص آخر أرضا ، فقبل تسجيل عقد البيع يبنى البائع مالكا للأرض ، ويكون المشتري غير مالك لها .

فاذا بنى البائع فى الأرض قبل التسجيل ، ثم سجل عقد البيع فانتقلت الملكية إلى المشتري ، فهل يعتبر البائع بانيا فى أرض غيره وتجربى عليه أحكام الالتصاق ؟ لا يمكن القول بذلك إلا إذا سلمنا بأن للتسجيل أثرا رجعيا فيما بين البائع والمشتري ، فتنقل الملكية بالتسجيل إلى المشتري - بالنسبة إلى البائع وحده - من وقت انعقاد البيع لا من وقت التسجيل . فيتبين أن البائع قد بنى فى الأرض وهى فى ملك المشتري ، فيكون بانيا فى أرض الغير وهو سيء النية . وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدنى ، ويكون للمشتري الحق فى طلب

(١) شفيق شحاتة فقرة ٢٣٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٢ ص ٦٥ - وهذا ما جرى عليه القضاء فى فرنسا ، فهو يطبق أحكام الالتصاق (م ٥٥٥ مدنى فرنسى) على المالك تحت شرط فاسخ الذى يبنى قبل تحقق الشرط ، ويعتبره فى الأصل حسن النية ، إلا إذا كان تحقق الشرط قد وقع بخطأه ، أو كان قد بنى بعد أن رفعت عليه دعوى الفسخ (نقض فرنسى ٣٠ مارس سنة ١٨٥٢ دالوز ٥٢ - ١ - ٦٥ - ١٤ أبريل سنة ١٨٥٢ سيريه ٥٢ - ١ - ٤٤١ - ٨ مارس سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٧ - ١ - ٢٩٨ - بيزانسون ١٧ مارس سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ٢ - ٢١١ - بواتيه ١٥ فبراير سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٦ - ٢ - ١٥٥) . وانظر فى هذه المسألة فى الفقه الفرنسى أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠ ص ٣٦٧ هامش ١٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٦ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٩٧١ - مازو فقرة ١٦٠٣ - أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ construction فقرة ٧٣ - فقرة ٧٦ .

إزالة البناء أو استبقائه في مقابل دفع أدنى القيمتين ، قيمة البناء مستحق الهدم أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء .

أخذ القضاء بهذه الحلول . ولكنه لم يؤسسها على فكرة الأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين ، فعنده أن التسجيل ليس له هذا الأثر الرجعي . بل اعتبر البائع وهو يبنى في الأرض التي باعها قبل التسجيل يبنى في أرض يملكها . ولكنه لما كان ملتزماً بموجب عقد البيع أن يسلم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع (م ٤٣١ مدني) ، فانه يبنائه في الأرض يكون قد أخل بهذا الالتزام . وقد كان مقتضى ذلك أن يجبر البائع على إزالة البناء ، ويكون هذا تعويضاً عينياً عن الإخلال بالتزامه . ولكن القضاء شبه البائع وهو يبنى في الأرض قبل التسجيل بالباني في أرض غيره وهو سىء النية ، فأجرى عليه أحكام الالتصاق الواردة في المادة ٩٢٤ مدني عن طريق القياس ، وأجاز للمشتري إذا طلب البائع إزالة البناء أن يستبقيه في مقابل دفع قيمته مستحق الهدم أو دفع ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء (١) .

(١) وقالت محكمة استئناف مصر في أسباب حكمها في هذا المعنى : « إنه إذا أحدث البائع بناء جديداً أو زيادة في المبيع قبل التسليم ، فيعتبر كأنه أقامه في غير ملكه ، حتى ولو كان ذلك قبل تسجيل العقد ، لأن بالتسجيل تنتقل الملكية من يوم حصوله ، غير أن باقى الالتزامات الأخرى الناشئة من البيع تكون واجبة الأداء من تاريخ التعاقد بالبيع ، لأنها في الحقيقة التزامات شخصية تأخذ حكمها القانوني من وقت التعاقد . ومن حيث إنه من ضمن هذه الالتزامات امتناع البائع بمجرد التعاقد عن كل ما يزيد أو ينقص في المبيع ، وهو التزام يقتضيه الالتزام بتسليم المبيع كما هو وقت التعاقد المذكور . ومن حيث إن هذه الزيادة لا يمكن تسليمها للمشتري دون مقابل ، لأن في ذلك إثراء من غير مقابل يحرمه القانون المدني . وعلى المشتري الذي يقبل البيع بهذه الزيادة أن يتبع القواعد التي رسمها القانون فيما يخص بالغراس أو البناء في أرض الغير » (استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٣ رقم ٣٨ ص ٩٦) .

وقد أيدت محكمة النقض هذا الحكم ، وقضت بأن البائع ملزم بتسليم العقار بحالته التي هو عليها وقت تحرير العقد . فإذا هو أقدم قبل نقل الملكية للمشتري بتسجيل العقد أو الحكم بصحة التعاقد ، فأحدث زيادة في هذا العقار (بناء) بينا المشتري يطالبه ويقاضيه لتنفيذ تعهده ، فلا مخالفة لقانون التسجيل في أن تعتبره المحكمة - بعد أن صدر الحكم بصحة التعاقد وسجل - كأنه أحدث تلك الزيادة في أرض مملوكة لغيره ، يفصل في أمرها قياساً على حالة من أحدث غراساً أو بناء في ملك غيره (نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٨ ص ٦٠١) .

ونفى رأينا أن هذا القضاء محل للنظر ، وقد قررنا عند الكلام في البيع أننا نذهب إلى أن للتسجيل أثراً رجعياً فيما بين البائع والمشتري (١) . فلو أخذنا بهذا الرأي لظهر في وضوح أن البائع ، وقد بنى في الأرض المبيعة قبل التسجيل ثم سجل العقد ، إنما يبنى في أرض لا يملكها إذ هي مملوكة للمشتري بعد أن سجل عقد البيع ، ويملكها منذ انعقاد البيع لا من وقت التسجيل وذلك بالنسبة إلى البائع وحده . فتستقيم الحلول التي أخذ بها القضاء ، ولا نحتاج إلى القول بأن البائع ، وقد بنى في أرض يملكها ما دام البيع لم يسجل وقت إقامة البناء ، يعتبر كالباني في ملك غيره ، فثبت له الملكية من جهة وتنفيها عنه من جهة أخرى . وقد قلنا في هذا الصدد ، عند ما واجهنا هذه المسألة عند الكلام في عقد البيع : « ولا شك في أن القول بالأثر الرجعي (فيما بين المتعاقدين) هنا أفضل - من ناحية الصنعة القانونية - من إنكار هذا الأثر . فإننا إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، كما فعل القضاء ، كان من الواجب التسليم بأن البائع قد بنى في ملكه وقت أن بنى . ولا يمكن الوصول ، من طريق أن البائع ملزم بالألا يحدث تغييراً في العين المبيعة وهو الطريق الذي اختارته محكمة النقض ، إلا إلى شيء قريب مما وصلت إليه المحكمة ، ولكنه ليس هو بالذات . وكل ما نصل إليه هو أن البائع قد أدخل بالتزامه في ألا يبنى في الأرض المبيعة ، فيطلب إليه تنفيذ التزامه عينا ، فيهدم البناء ويأخذه أنقاضاً ، وقد يؤثر ذلك على أن يأخذ ثمن البناء مستحق الهدم ، فلا يستطيع المشتري إجباره على إبقاء البناء . فواضح إذن أننا لو أخذنا بفكرة الأثر الرجعي للتسجيل ، لوصلنا عن طريق مأمون إلى النتيجة التي نشدتها محكمة النقض وهي اعتبار البائع بانبا بسوء نية في أرض غيره ، وإجباره إذا شاء المشتري على إبقاء البناء في الأرض مقابل قيمته مستحق الهدم » (٢) .

(١) الوسيط ٤ : فقرة ٢٨٢ - فقرة ٢٨٦ .

(٢) الوسيط ٤ : فقرة ٢٨٣ ص ٥٢٣ - ص ٥٢٤ - وقد قيل « إن البائع إذا أضر على نزع البناء وأخذ أنقاضاً يكون متصفاً في استعمال حقه ، إذ أن نزع البناء ليس في مصلحته مادام المشتري يعرض عليه تهويهاً لا يقل عن قيمة البناء مستحق الهدم » (حللى بهجت بدوى في مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٧٥٦) . والتي يمكن استخلاصه من تطبيق قواعد البيع في الفرض الذي نحن بصدده هو أن البائع قد أدخل بالتزامه من تسليم الأرض المبيعة

وإذا فرضنا ، على عكس الفرض الذى قلّعنا به ، أن المشتري هو الذى بنى فى الأرض قبل تسجيل عقد البيع ، ثم سجل العقد ، فالقول بالأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين لا تصبح له أهمية فى هذه الحالة . ذلك أنه لو قيل بالأثر الرجعى ، لتبين أن المشتري قد بنى فى ملكه . وإذا قيل بأن التسجيل لا ينقل ملكية الأرض ، فيما بين البائع والمشتري ، إلا من وقت تسجيل البيع ، لتبين أن المشتري قد بنى فى غير ملكه ، ولكنه أصبح هو نفسه المالك

بحالتها وقت انعقاد البيع ، بأن أحدث فيها بناء . فإذا طلب المشتري التعويض عينياً ، أوجب البائع على هدم البناء وإعادة الأرض إلى حالتها وقت البيع ، وليس هذا حقاً للبائع حتى يحتمل القول بأنه يتعسف فى استعماله ، بل هو التزام يجب عليه القيام به . وإذا لم يطلب المشتري من البائع هدم البناء تعويضاً عينياً عن إخلاله بالتزامه من تسليم العين بحالتها وقت البيع ، يكون بذلك قد قبل بقاء البناء قائماً فى الأرض ، وعليه إذن أن يدفع للبائع قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء . فالمشتري إذن بين أمرين : إما أن يجبر البائع على هدم البناء وإعادة الأرض إلى أصلها ، أو أن يستبقى البناء مع دفع قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء . والذى لا يستطيع المطالبة به بموجب قواعد البيع ، ولكن يستطيع المطالبة به بموجب قواعد الالتصاق ، هو استبقاء البناء مع دفع قيمته بمستحق الهدم .

وهناك رأى يذهب إلى أن للمشتري إلزام البائع بهدم البناء ، وليس له أن يجبره على ترك البناء حتى لو عرض عليه الوفاء بما أنفق فيه ، وإذا أراد المشتري أن تنتقل ملكية البناء إليه فلا بد له من اتفاق جديد مع البائع على ذلك ، وتنتقل ملكية البناء إلى المشتري بموجب هذا الاتفاق الجديد الذى يخضع بدوره لإجراء التسجيل (محمّد على عرفه ٢ فقرة ٥٢ ص ٦٤ - ص ٦٥ - حسن كيرة ص ٦٧ - ص ٦٨) . ويؤخذ على هذا الرأى أنه لم يواجه حالة ما إذا لم يطلب المشتري هدم البناء ولم يستطع الوصول إلى اتفاق مع البائع فى شأنه ، وهذه هى الحالة المتظر وقوعها فى الغالب . فهل ينزع البائع البناء من الأرض دون أن يطلب منه المشتري ذلك ، ونزع البناء من الأرض التزام على البائع لا حق له كما قلنا ، أو يستبقى المشتري البناء دون اتفاق مع البائع وإذا استبقاء فأية قيمة يلتزم بدفعها للبائع فى مقابل البناء ؟ يبدو أن الحل العادل فى هذه الحالة هو أن المشتري يستبقى البناء فى مقابل دفع قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء كما سبق القول ، وليس له على أية حال أن يستبقيه فى مقابل دفع قيمته مستحق الهدم . وكانت قواعد الالتصاق تجنبنا كل هذه المشاكل ، وهى القواعد التى لجأ إليها القضاء فعلاً كما رأينا ، ولكن تطبيقها لا يستقيم من ناحية المنطق القانونى إلا إذا قلنا بأن التسجيل أثر رجعي فيما بين البائع والمشتري .

بالسجل . فلا يعود للبائع شأن بالبناء الذي أقامه المشتري قبل التسجيل (١) .

(١) أو كما تقول محكمة النقض إن البيع غير المسجل يخول المشتري الانتفاع بالأرض فنه حق البناء عليها على سبيل البقاء والاستقرار فيكون البناء ملكاً له (نقض مدني ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٨ ص ١٦٦) - ولكن الأثر الرجعي للتسجيل فيما بين البائع والمشتري ، إذا بني المشتري في الأرض قبل التسجيل ، تكون له أهمية عملية فيما إذا أراد المشتري أن يشفع بالبناء الذي أقامه في الأرض المجاورة التي بيعت قبل أن يسجل عقد البيع . ونرى في هذه الحالة أن للمشتري أن يأخذ الأرض المجاورة بالشفعة بعد أن يسجل عقد البيع ، لأن التسجيل يجعله مالكا - بالنسبة إلى مشتري الأرض المجاورة المشفوع منه وهو ليس من الغير في معنى التسجيل - من وقت انعقاد البيع الصادر للمشتري الشفيع ، فيكون هذا قد بني في ملكه وتملك كلا من الأرض والبناء من وقت انعقاد البيع ، أي قبل البيع الصادر لمشتري الأرض المجاورة ، ومن ثم يجوز له الأخذ بالشفعة . بل إننا نرى أن المشتري الشفيع يأخذ بالشفعة ، حتى لو لم يبن في الأرض التي اشتراها ، إذ هو بتملك هذه الأرض ، بعد تسجيل عقد البيع ، منذ انعقاد البيع ، وذلك بالنسبة إلى مشتري الأرض المجاورة فيكون جاراً مالكا في معنى الشفعة ، ومن ثم يجوز له أن يشفع بالأرض التي اشتراها دون حاجة إلى أن يقيم عليها بناء (أنظر الوسيط : فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٧ - ص ٥٢٨) .

وقد ذهبت محكمة النقض إلى إعطاء المشتري الذي بني في الأرض المشتراه قبل التسجيل الحق في أن يشفع في الأرض المجاورة إذا بيعت قبل التسجيل ، ولكنه يشفع بالبناء الذي أقامه لا بالأرض التي اشتراها إذ هو لا يملكها إلا من وقت التسجيل بحسب المبدأ الذي سارت عليه محكمة النقض . أما البناء الذي أقامه المشتري فإنه يملكه منذ إقامته وقبل أن يملك الأرض ، ومنكته له ملكية مصدرها واقعة البناء على سبيل القرار . ومن ثم يقوم به سبب الشفعة بوصفه جاراً مالكا للبناء . ولا مخالفة في ذلك لقانون التسجيل ، ذلك أن الشفيع مشتري الأرض بعقد غير مسجل لا يؤسس حقه في طلب الشفعة على عقد شرائه ، وإنما يقيمه على ملكية البناء استقلالاً عن الأرض . كما لا مخالفة لأحكام الملكية بالاتصاق قولاً بأن بائع الأرض يعتبر في حكم القانون وبالنسبة للكافة هو وحده مالك البناء الذي أقامه المشتري الذي لم يسجل عند شرائه ، ذلك بأن القانون إذ يعتبر مالك الأرض مالكا للبناء بفعل الاتصاق إنما يقرر في صالح المالك قرينة غير فاطمة قابلة لإثبات العكس ، كما إذا خول مالك الأرض مستأجرها الحق في إقامة المنشآت وتملكها ، فإنه في هذه الحالة يعتبر مالكا لما يقيمه عليها من بناء على اعتبار أنه عقار . فمناط تطبيق قواعد الاتصاق ألا يكون ثمة إذن صريح أو ضمني من مالك الأرض للغير بأحداث هذا البناء . فحيثما وجد اتفاق أو إذن صريح أو ضمني من مالك الأرض للغير ، امتنع التحدي بقواعد الاتصاق وفقاً لأحكام المادة ٦٥ من القانون المدني القديم ، ووجب اعتبار البناء عقاراً مستقلاً عن الأرض وملكا خالصاً لمن أقامه . ولا نزاع في أن البائع ، وهو ملزم بتسليم المبيع للمشتري وعدم التعرض له ، إذا ما أوفى بهذا الالتزام فقد نقل للمشتري حيازة المبيع . وكان لهذا الأخير أن ينتفع به بكافة وجوه الانتفاع ، ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار » (نقض مدني ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٨ ص ١٦٦ - وانظر في انتقاد هذا الحكم محمد علي عرفة ٢ فقرة ٥٧) . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في الشفعة (أنظر مايلي فقرة ١٨٩) .

ولكن تدق المسألة لو أن مشتريا ثانيا من البائع سبق المشتري الأول الذى بنى فى الأرض إلى تسجيل عقده ، فانتقلت الملكية إلى المشتري الثانى دون المشتري الأول . ونرى أن الواجب فى هذه الحالة معاملة المشتري الأول معاملة البانى فى أرض غيره وهو حسن النية ، لأنه وقت أن بنى كان يعتقد أنه لا يعتدى على حق لأحد وأن له حقا فى البناء . ومن ثم تسرى عليه أحكام أحكام المادة ٩٢٥ مدنى وهى الأحكام العامة للالتصاق فيما إذا كان البانى حسن النية ، ويتملك المشتري الثانى البناء بالالتصاق على أن يدفع للمشتري الأول أدنى القيمتين ، قيمة المواد مع أجر العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء . ويكون للمشتري الأول الحق فى نزع البناء من الأرض مع إعادتها إلى أصلها ، كما يكون للمشتري الثانى أن يملك الأرض للمشتري الأول فى مقابل تعويض عادل إذا كان التزامه بدفع أدنى القيمتين للمشتري الأول فى مقابل تملكه البناء بالالتصاق مرهقا له .

§ ٣ - أداء التعويض لصاحب المنشآت

١٠٩ - من صايب المنشآت فى حبس الأرض متى يستوفى التعويض

ومن صايب الأرض فى تخفيض دفع التعويض : رأينا فيما تقدم أن الأحكام العامة للالتصاق توجب على صاحب الأرض . عندما يتملك بالالتصاق المنشآت التى أقامها أجنبي فى أرضه ، دفع تعويض لصاحب المنشآت يختلف باختلاف ما إذا كان من أقام المنشآت حسن النية أو سيئها . فهو إذا كان حسن النية ، كان التعويض الذى يلتزم به صاحب الأرض أدنى القيمتين : قيمة المواد مع أجر العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت ، وهذا ما لم يختار صاحب المنشآت نزع البناء من الأرض وإعادتها إلى أصلها . وهناك تعويض آخر فى هذا الفرض ، فقد يختار صاحب الأرض تملك الأرض لصاحب المنشآت إذا كان التعويض المستحق عليه مرهقا له ، وذلك فى مقابل تعويض عادل عن الأرض يكون الملتزم به فى هذه الحالة هو صاحب المنشآت نحو صاحب الأرض . وإذا كان من أقام المنشآت سيئ النية ، كان لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت ، وله أن يستبقها

ويتملكها بالالتصاق . ويكون التعويض الملتزم به في هذه الحالة نحو صاحب المنشآت هو أدنى القيمتين ، قيمة المنشآت مستحقة للإزالة أو قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت .

ولما كان التعويض يستحقه . في أغلب هذه الأحوال . صاحب المنشآت قبل صاحب الأرض . وكان الأول هو الذى يحوز الأرض التى أقام عليها المنشآت . فمن حقه طبقا للقواعد العامة أن يحبس الأرض حتى يستوفى التعويض المستحق له . وقد يكون التعويض . في جميع الأحوال المتقدمة بما فيها حالة التعويض الذى يدفعه صاحب المنشآت لصاحب الأرض عند تملكك الأرض لصاحب المنشآت ، عبئا ثقيلا على المدين به . فأجاز له القانون تيسيرا عليه أن يطلب التقسيط في الوفاء بهذا التعويض .

ونبحث كلا من هذين الأمرين :

١١٠ — حبس صاحب المنشآت للمنشآت متى يستوفى التعويض :

هنا يجب أن نستبعد . كما قدمنا ، حالة تملكك الأرض لصاحب المنشآت فيما إذا كان هذا الأخير حسن النية وكان يرهق صاحب الأرض أن يدفع له التعويض المستحق عليه . ذلك لأن الأرض والمنشآت تكون في هذه الحالة في حيازة صاحب المنشآت . فهو الحائز وهو في الوقت ذاته المدين بالتعويض . أما الدائن بالتعويض فهو صاحب الأرض ولا يحوز شيئا . فلا يتصور إذن إعطاؤه حق حبس المنشآت حتى يستوفى التعويض المستحق له .

ولنما يثبت حق حبس المنشآت لمن أقامها . عندما يكون دائنا بالتعويض لصاحب الأرض على التفصيل الذى سبق أن بسطنا . فهو الحائز للأرض والمنشآت معا . ويستطيع أن يحبس المنشآت . ومعها الأرض ضرورة . حتى يستوفى التعويض المستحق له . وهذا الحق في الحبس يثبت له بموجب القواعد العامة . وهى مقررة في المادة ٢٤٦ مدنى إذ تقول : « ١ — لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتب به . أو ما دام الدائن لم يتم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا . ٢ — ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محزره . إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ،

فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع . وواضح أن صاحب المنشآت ، بعد أن ملكها صاحب الأرض بالالتصاق ، ملزم بأن يسلمها لصاحب الأرض . ولكن صاحب الأرض ملزم أيضاً بأن يدفع لصاحب المنشآت التعويض المستحق له ، وهذا الدين بالتعويض في ذمة صاحب الأرض مترتب على التزام صاحب المنشآت بتسليمها لصاحب الأرض ومرتبطة به ، فتوافرت شروط الحبس ، وجاز لصاحب المنشآت أن يحبسها عن صاحب الأرض وعن دائنيه وعن أى شخص آخر تنتقل إليه من صاحب الأرض ملكية المنشآت أو أى حق عيني عليها (١) . وذلك حتى يستوفى صاحب المنشآت التعويض المستحق له . وإذا كان لحائز الشيء الذى أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة حق حبسه حتى يستوفى ما هو مستحق له بصريح نص الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ مدنى سالفه الذكر ، فأولى أن يثبت حق الحبس لمن أنشأ الشيء إنشاء ولم يقتصر على إنفاق مصروفات نافعة عليه ، حتى يستوفى ما هو مستحق له (٢) . وما دام قد ثبت لصاحب المنشآت حق حبسها على النحو الذى ذكرناه ، فإن الأحكام العامة للحق فى الحبس تسرى . وقد سبق تفصيلها فى الجزء الثانى من الوسيط (٣) . وينتهى الحق فى الحبس إذا قدم صاحب الأرض تأميناً كافياً للوفاء بالتعويض ، أو قضى بأن يكون الوفاء بالتعويض على أقساط دورية بشرط أن يقدم صاحب الأرض الضمانات اللازمة (م ٩٢٧ و ٩٨٢ مدنى) كما سيبنى (٤) .

(١) الوسيط ٢ فقرة ٦٧٣ - فقرة ٦٧٤ .

(٢) ولا يمكن القول بأن التزام صاحب المنشآت بردها إلى صاحب الرد ناشئ عن عمل غير مشروع . ذلك أنه ناشئ عن تملك صاحب الأرض للمنشآت بالالتصاق نتيجة لإقامة هذه المنشآت فى أرضه ، وإقامة المنشآت فى أرض الغير ، ولو بسوء نية ، لا يعتبر عملاً غير مشروع فى معنى المادة ٢٤٦ / ٢ مدنى . أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ١١١ - شفيق شحاتة فقرة ٢٣٦ ص ٢٤٨ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٦٩ ص ٣٩٥ - عكس ذلك عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٨ .

(٣) الوسيط ٢ فقرة ٦٣٦ وما بعدها .

(٤) أنظر ما يلى فقرة ١١١ - ولا يوجد فى القانون الفرنسى نص عام فى الحبس ، كما وجد هذا النص فى التقنين المدنى المصرى الجديد فيما رأينا . ويذهب القضاء الفرنسى إلى = (٢٠)

وليس لصاحب المنشآت حق امتياز عليها ، فإن الامتياز لا يثبت إلا بنص والنص غير موجود ، ومجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه بصريح النص (م ٢٤٧ / ١ مدني) .

١١١ - هو صاحب الأرض في تبسيط دفع التعويض - نص قانوني :
المادة ٩٢٧ مدني على ما يأتي :

« تسري أحكام المادة ٩٨٢ في أداء التعويض المنصوص عليه في المواد الثلاث السابقة » (١) .

= إعطاء الحق في الحبس للحائز حسن النية (نقض فرنسي ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٤ - ٢٤١) دون الحائز سيئ النية (نقض فرنسي ١٣ يولييه سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ - ١ - ٢١) .
ويؤيد هذا القضاء بعض الفقهاء (كسان في الدفع بعدم التنفيذ في العلاقات التبادلية رسالة من باريس سنة ١٩١٤ ص ٥٥٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧١ ص ٢٦٨) . ولكن الغالب في الفقه الفرنسي هو التسوية ما بين الحائز حسن النية والحائز سيئ النية ، وإعطاء الاثنين الحق في الحبس (بيدان في التأمينات العينية ١ فقرة ٢٥٠ - Ferron) في تعليقه في سيريه ١٩٠١ - ١ - ١٩٣) . أو إنكاره عليهما معاً (أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة) .
أما في التقنين المدني المصري السابق ، فقد كان الرأي الغالب هو إعطاء الحق في الحبس للحائز سواء كان حسن النية أو سيئها ، قياساً على الحق في الحبس المعلق لمن أحدث تحسينات في العين بصريح نص هذا التقنين (م ٢ / ٦٠٥ مدني قديم) : أنظر استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٤ - ٢٥ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٥ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٦٨ - محمد كامل مرسي في مجلة القانون والاقتصاد ٨ فقرة ٦١ ص ٤٣٢ - ص ٤٣٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٤٦ ص ٧٩ ويخته في مجلة المحاماة ٢٢ ص ٥٦٧ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٤ - ص ٣٢٥) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٣١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

والمواد الثلاث السابقة هي المواد ٩٢٤ - ٩٢٦ مدنى ، وهى فيما يتعلق بالتعويض تعرض : (١) للتعويض الذى يستحقه صاحب المنشآت فى حالة ما إذا كان سىء النية . وهو أدنى القيمتين ، قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة زيادة ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت (م ٩٢٤ مدنى) . (٢) والتعويض الذى يستحقه صاحب المنشآت فى حالة ما إذا كان حسن النية أو كان قد بنى بترخيص من صاحب الأرض : وهو أدنى القيمتين ، قيمة المواد مع أجر العمل وقيمة زيادة ثمن الأرض بسبب المنشآت (م ١/٩٢٥ و ٩٢٦ مدنى) . (٣) والتعويض الذى يستحقه صاحب الأرض فى حالة ما إذا ملك الأرض لصاحب المنشآت حسن النية ، حتى يتفادى تملك المنشآت بالالتصاق فيكون التزامه بتعويض صاحبها مرهقا له ، وهو تعويض عادل يدفعه صاحب المنشآت لصاحب الأرض (م ٢/٩٢٥ مدنى) .

فقد يكون التعويض المستحق فى هذه الأحوال المختلفة مبلغا جسيما يعي المدين به دفعه فورا وحملة واحدة . فقرر القانون أن يعامل المدين بهذا التعويض معاملة المالك المدين بتعويض الحائز عما أنفق من مصروفات ضرورية ومصروفات نافعة ، تيسيرا له فى الوفاء بالتعويض المستحق . وهذا التيسير فى دفع التعويض عن المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة تضمنته المادة ٩٨٢ مدنى ، وقد أحالت المادة ٩٢٧ مدنى سالفه الذكر عليها ، فتسرى إذن أحكام المادة ٩٨٢ مدنى على أداء التعويض المستحق بموجب أحكام الالتصاق . وتنص المادة ٩٨٢ مدنى هذه على أنه « يجوز للقاضى ، بناء على طلب المالك ، أن يقرر ما يراه مناسبا للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين . وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية ، بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام ، إذا هو عجل مبلغا يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها » .

فللقاضى إذن ، بناء على طلب المدين بالتعويض (صاحب الأرض أو صاحب المنشآت بحسب الأحوال) . أن يقرر ما يراه مناسبا للوفاء بهذا التعويض . وله بوجه خاص أن يقسط هذا التعويض ، فيكون الوفاء

به على أقساط دورية في مواعيد يحددها القاضى ، كما أن له أن يؤجل دفع التعويض فيدفعه المدين به جملة واحدة في ميعاد يحدده القاضى . وسواء قسط القاضى التعويض أو أجل دفعه ، فالواجب أن يقدم المدين بالتعويض الضمانات اللازمة للوفاء به في مواعيده الدورية أو عند حلول الأجل الذى حدده القاضى . فيقدم مثلاً رهناً أو كفالة عينية أو شخصية (١) . ويستطيع المدين بالتعويض ، إذا لم يجد سبيلاً لتقديم هذه الضمانات ، أن يتحلل من الالتزام بتقديمها إذا هو وفى التعويض فوراً وجملة واحدة بعد خصم فوائدها بالسعر القانونى (٤٪) من يوم أن وفى بها إلى يوم استحقاقها وفقاً للمواعيد التى حددها القاضى . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى التزام المالك بتعويض الحائر عما أنفقه من المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة (٢) .

§ ٤ - فروض وردت فيها أمطام خاصة غير أمطام الالتصاق :

١١٢ - فروض ما إذا بنى المستأجر فى العين المؤجرة : ورد فى هذا

الفرض نص خاص . ليس هو مجرد تطبيق لأحكام الالتصاق المتقدم ذكرها . بل يغير هذه الأحكام بعض المغايرة . ومن ثم يجب تطبيق هذا النص الخاص دون أحكام الالتصاق . فقد نصت المادة ٥٩٢ مدنى على أنه « ١ - إذا أوجد المستأجر فى العين المؤجرة بناء أو غراساً أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد فى قيمة العقار ، التزم المؤجر أن يرد للمستأجر عند انقضاء الإيجار ما أنفقه فى هذه التحسينات أو ما زاد فى قيمة العقار . ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . ٢ - فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضته . كان له أيضاً أن يطلب من المستأجر إزالتها . وله أن يطلب فوق ذلك تعويضاً عن الضرر الذى يصيب العقار من هذه الإزالة إن كان للتعويض مقتضى . ٣ - فإذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات فى مقابل رد إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما . جاز للمحكمة أن تنظره إلى أجل للوفاء بها . »

(١) وعلى ذلك لا يكون لصاحب المنشآت الحق فى حبسها حتى يستوفى التعويض المستحق له ، فقد أصبح هذا التعويض بالأجل الذى منحه القاضى غير حال الأداء ، والحبس لا يكون إلا فى حق مستحق الأداء (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٦٩ ص ٣٩٥) .
(٢) أنظر ما يلى فقرة ٣٥٤ - فقرة ٣٥٩ .

ونبين هنا فيم تتفق هذه الأحكام مع أحكام الالتصاق وفيم تختلف ، وهي على كل حال واجبة التطبيق في الفرض الذي نحن بصددده ، اتفقت مع أحكام الالتصاق أو اختلفت معها .

ففي حالة ما إذا أحدث المستأجر البناء أو الغراس بعلم المؤجر ودون معارضته ، وعلى المستأجر إثبات العلم وعلى المؤجر إثبات المعارضة ، وجب التسليم بأن المؤجر موافق على إقامة هذه المنشآت في العين المؤجرة موافقة ضمنية على الأقل ، إذ هو عالم بها ولم يعارض فيها . ومن ثم يكون المستأجر في وضع الحائر حسن النية ، وقد قضى النص بأن يستبقى المؤجر البناء أو الغراس لأنه كان موافقا على إحداثه فلا يجوز له طلب إزالته ، ويرد للمستأجر عند نهاية الإيجار أقل القيمتين . ما أنفقه في تلك التحسينات أو ما زاد في قيمة العين المؤجرة . وإلى هنا نتفق هذه الأحكام مع أحكام الالتصاق . ولكن الحائر حسن النية في أحكام الالتصاق يجوز له ، إذا أراد ، نزع المنشآت مع إعادة العين إلى أصلها ، أما المستأجر فلا يجوز له نزع المنشآت إذا أراد المؤجر استبقاءها .^(١) وكذلك يجوز في أحكام الالتصاق أن يطلب صاحب الأرض تملك الأرض لصاحب المنشآت في نظير تعويض عادل إذا كان

(١) ومع ذلك قضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع في الدعوى هو أن المؤجر قد رخص للمستأجر في أن يقيم على نفقته بناء فوق العين المؤجرة ، على أن يلتزم بعوايد المباني التي تربط على هذا البناء المستجد ، وسكت الطرفان عن بيان مصير هذه المنشآت ، فإن ملكيتها تكون للمستأجر طوال مدة الإجارة ، ولا تقول إلى المؤجر إلا عند انتهاء عقد الإيجار . ذلك أن حق المؤجر بالنسبة إلى تلك المنشآت لا يتحدد إلا بالنظر إلى حالة العقار المؤجر في هذا الوقت ، ويحق للمستأجر أن يزيلها قبل انتهاء عقد الإيجار بشرط أن يعيد العين المؤجرة إلى حالتها الأصلية ، بينما يمتنع على المؤجر في هذا الفرض طلب إزالة هذه المنشآت - ولا يصح الاحتجاج بأن أحكام الالتصاق المقررة في القانون المدني تقضي باعتبار المؤجر مالكا للبناء من وقت إنشائه ، إذ أن ترخيص المؤجر للمستأجر في إقامة البناء على نفقة هذا المستأجر مع التزام الأخير بدفع الضريبة العقارية على هذا البناء - وهي مما يلتزم به أصلا المالك - دون اتفاق على مصير هذا البناء ، ذلك يتضمن قبول المؤجر تأجيل أعمال أحكام الالتصاق حتى ينتهي عقد الإيجار ، وهي أحكام لا تتعلق بالنظام العام ، ويجوز لذلك الاتفاق على تعديلها (نقض مدني ٢٦ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧٢ ص ١٢٥١ : ويلاحظ أن البناء قد أقيم في هذه القضية في وقت كان فيه التقنين المدني السابق هو المعمول به) .

التزامه بتعويض صاحب المنشآت فيما إذا استبقاها التزاما مرهقا له . أما المؤجر فلا يجوز له تملك العين المؤجرة للمستأجر إلا باتفاق خاص .

وفي حالة ما إذا أحدث المستأجر البناء أو الغراس دون علم المؤجر أو بعلمه ولكن رغم معارضته ، وجب القول إن المؤجر يكون غير موافق فعلا على ما أحدثه المستأجر إذا تم رغم معارضته ، أو غير موافق عليه حكما إذا تم دون علمه . ومن ثم يكون المستأجر في وضع الحائز سىء النية ، وقد قضى النص بأن يكون للمؤجر طلب الإزالة ، وعلى المستأجر عندئذ أن يتزع ما أحدثه في العين المؤجرة وأن يعيد العين إلى أصلها ، وللمؤجر أن يطلب تعويضا عن الضرر الذى يصيب العين المؤجرة إن كان للتعويض مقتضى . وإلى هنا تتفق هذه الأحكام مع أحكام الالتصاق^(١) . ويجوز للمؤجر كذلك أن يستبق ما أحدثه المستأجر ، ولكن عليه أن يرد له أدنى القيمتين ، ما أنفقه المستأجر أو ما زاد في قيمة العقار . وهنا تختلف هذه الأحكام عن أحكام الالتصاق . فأحكام الالتصاق تقضى بأن يرد صاحب الأرض أدنى القيمتين ، قيمة المنشآت مستحقة الإزالة أو ما زاد في قيمة الأرض . فقيمة المنشآت مستحقة الإزالة في أحكام الالتصاق يقابلها ما أنفقه المستأجر في أحكام الإيجار ، ولما كان الغالب أن يكون ما أنفقه المستأجر أكبر من قيمة المنشآت مستحقة الإزالة ، فإن القانون يكون قد عامل المستأجر معاملة أفضل من معاملته للحائز سىء النية في أحكام الالتصاق^(٢) .

(١) ولكن ليس للمؤجر أن يطلب الإزالة إلا عند انقضاء الإيجار ، إذا كانت المباني التى أقامها المستأجر لم يترتب عليها ضرر للعين المؤجرة . وذلك لأن مصلحة المؤجر في طلب إزالتها لا تثور إلا عند انقضاء الإيجار ، حيث يلتزم المستأجر برد العين بالحالة التى تسلمها بها (نقض مدنى ١٤ يونيو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٨٨ ص ١٣٥٩) .

(٢) ومع ذلك يستطيع المؤجر ، من الناحية العملية ، أن يدفع للمستأجر مبلغا يقرب من قيمة المنشآت مستحقة الإزالة ، وسيله إلى هذا أن يهدد المستأجر باستعماله حقه في طلب الإزالة والتعويض ، فيضطر المستأجر في كثير من الأحيان أن يقبل المبلغ الذى يعرضه عليه المؤجر (الوسيط ٦ فقرة ٤٣٣ ص ٦٢٦ هامش ١) .

أما في عهد التقنين المدنى السابق ، فقد قضت محكمة النقض بأن الشارع خول مالك الأرض ، وفقاً لأحكام الالتصاق المنصوص عليها بالمادة ٦٥ من القانون المدنى القديم ، الحق في تملك البناء الذى يقيمه الغير في أرضه دون رضاه مقابل دفع القيمة طبقاً لهذه المادة . وقضى بأن للمالك الخيار بين طلب إبقاء البناء وطلب إزالته على نفقة من أقامه مع تعويض الحسارة الناشئة عن فعله . وإذا لم يكن القانون المدنى القديم يتضمن نصاً خاصاً بتنظيم العلاقة بين المالك =

وفي جميع الأحوال ، إذا احتفظ المؤجر بالمنشآت التي أقامها المستأجر ووجب عليه تعويضه على النحو سالف الذكر ، جاز للمحكمة أن تنظر المؤجر إلى أجل للوفاء بالتعويض (م ٥٩٢/٣ مدني سالف الذكر) . ويجوز التوسع في تفسير هذا الحكم ، بحيث يقال إن للمحكمة أيضاً أن تقسط التعويض على أقساط دورية ، وإن لها أن تلزم المؤجر بالضمانات اللازمة ، فتقرب أحكام الإيجار في هذا الصدد من أحكام الالتصاق كما هي مقررّة في المادتين ٩٢٧ و ٩٨٢ مدني (١) .

١١٣ - فرض ما إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه : وورد
هنا أيضاً نص خاص ، يغيّر مغايرة كبيرة الأحكام العامة في الالتصاق ، فيجب في هذا الفرض تطبيق هذا النص الخاص دون هذه الأحكام . فقد نصت المادة ٩٤٦ مدني على أنه « ١ - إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة في الشفعة . كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس . ٢ - وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة . كان للشفيع أن يطلب الإزالة . فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس » . ونرى من هذا النص أنه يفرق بين حالتين :

والمستأجر في هذا الشأن - كما ورد بنص المادة ٥٩٢ من القانون المدني الخالي - فإن مؤدى الأحكام العامة للالتصاق الواردة بالقانون المدني المشار إليها فيما تقدم ، أن البناء الذي يقيم المستأجر من ماله الخاص دون إذن صريح أو ضمنى بإنشائه من مالك الأرض لا يكون ملكاً لصاحب هذه الأرض بفعل الالتصاق إذا عمل رخصته في الاختيار بإظهار رغبته في الإزالة . فلا يلحق البناء بملكية الأرض ، وإنما يبقى مستقلاً عنها ملكاً خالصاً لمن أقامه مدة بقائه . فإذا كان المؤجر قد أظهر رغبته في إزالة المباني ، فإنها تبقى مملوكة للمستأجر حتى يقوم بإزالتها في أثناء مدة الإيجار أو بعد انتهائها ، ولا يكون للمؤجر حق المطالبة بأجرة عنها (نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٨٩ ص ١٣٧٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١١١ - وانظر فيمن تكون له ملكية المباني والغراس في أثناء الإيجار الوسيط ٦ فقرة ٤٣٣ - وانظر في تفصيل ما قدمناه الوسيط ٦ فقرة ٤٣٠ - فقرة ٤٣٣ - وقارن محمد علي عرفة ٢ فقرة ٤٩ .

(الحالة الأولى) حالة ما إذا بنى المشتري أو غرس قبل إعلان الرغبة في الشفعة ، وهنا يمكن اعتبار المشتري في وضع الحائز حسن النية . ولكن الأحكام التي تسرى عليه تغاير أحكام الالتصاق ، فإنه يكون مخيرا ، إذا ترك البناء أو الغراس في العقار المشفوع فيه يملكه الشفيع ، بين أن يتقاضى من الشفيع المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار . ويبدو أن للمشتري ، بدلا من ترك البناء أو الغراس في العقار المشفوع فيه وتقاضى أكبر القيمتين المتقدمتين الذكر ، الحق في نزع البناء أو الغراس من العقار على أن يعيد العقار إلى أصله ، إذ لا يوجد لا في النصوص ولا في المبادئ العامة ما يحول دون ذلك ، فضلا عن أن الحكم لا شك في عدالته^(١) . ويتبين من الأحكام سالفة الذكر مغايرة كبيرة بينها وبين أحكام الالتصاق في حالة الحائز حسن النية . ذلك أن الحائز حسن النية ، إذا لم يتزع المنشآت من الأرض ويعيد الأرض إلى أصلها ، يبقى هذه المنشآت في الأرض ويملكها صاحب الأرض بالالتصاق ، على أن يدفع لصاحب المنشآت أقل القيمتين ، المبلغ الذي أنفقه الحائز في إقامة المنشآت أو ما زاد في قيمة العقار . أما هنا فالمشتري الذي أقام المنشآت - لا الشفيع الذي يعتبر في وضع صاحب الأرض لأنه يصبح بالشفعة صاحب العقار المشفوع فيه - هو الذي يختار ، إذا لم يتزع المنشآت من العقار المشفوع فيه ، بين أكبر القيمتين (لا بين أقل القيمتين كما هو الأمر في أحكام الالتصاق) ، المبلغ الذي أنفقه المشتري في إقامة المنشآت أو ما زاد في قيمة العقار . وهذا فرق جوهري ما بين أحكام الشفعة وأحكام الالتصاق ، إذ المشتري يعامل معاملة أفضل من معاملة الحائز . ويبرر ذلك أن المشتري إنما يقيم المنشآت في ملكه ، ولم يكن عليه قبل إعلانه برغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة أن يحسب حساب هذه الرغبة عند إقامة المنشآت . ووفق آخر ما بين أحكام الشفعة وأحكام الالتصاق ، هو أن الشفيع لا يجوز له تملك العقار المشفوع فيه للمشتري حتى لو كان التعويض المستحق عليه مرهقا له وكان أمامه أن يتفادى هذا الإرهاق

(١) قارن مع ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ٥٣ ص ٩٦ .

بترك الأخذ بالشفعة ، في حين أن صاحب الأرض له هذا الحق بالنسبة إلى الحائز حسن النية كما سبق القول .

(الحالة الثانية) حالة ما إذا بنى المشتري أو غرس بعد إعلان الرغبة في الشفعة ، وهنا يمكن اعتبار المشتري في وضع الحائز سىء النية . ويجوز للشفيع طلب الإزالة ، وإعادة العقار إلى أصله مع التعويض إن كان له مقتضى . وإلى هنا تتفق أحكام الشفعة مع أحكام الالتصاق . فإذا اختار الشفيع أن يستبقى البناء أو الغراس . أخذه بقيمة ما أنفقه المشتري فيه . وهنا تختلف أحكام الشفعة عن أحكام الالتصاق اختلافاً بينا ، فإن صاحب الأرض في أحكام الالتصاق إذا استبقى المنشآت أخذها بأقل القيمتين . قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة زيادة العقار المشفوع فيه بسبب هذه المنشآت .

وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في الشفعة ورجوع المشتري على الشفيع بسبب ما أقامه من بناء أو غراس في العقار المشفوع فيه (١) .

١١٤ .. فرض ما إذا بنى لمحتكر في الأرض المحكرة : وقد ورد

نص خاص في هذا الفرض أيضاً تختلف أحكامه قليلاً عن أحكام الالتصاق ، فيعمل بأحكام النص الخاص دون أحكام الالتصاق . إذ نصت المادة ١٠١٠ مدني على أنه « ١ - عند فسخ العقد أو انتهائه . يكون للمحكر أن يطلب إما إزالة البناء أو الغراس أو استبقاءهما مقابل دفع أقل قيمتهما مستحق الإزالة أو البقاء . وهذا كله ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره . ٢ - وللمحكمة أن تمهل المحكر في الدفع إذا كانت هناك ظروف استثنائية تبرر الإمهال ، وفي هذه الحالة يقدم المحكر كفالة لضمان الوفاء بما يستحق في ذمته » .

وهنا عامل القانون المحتكر معاملة الحائز سىء النية ، لأنه وهو يبنى أو يغرس في الأرض المحكرة يعلم أن الأرض مملوكة لغيره . وأعطى للمحكر صاحب الأرض الحق في طلب الإزالة وإعادة الأرض إلى أصلها ، وهنا تتفق أحكام المحكر مع أحكام الالتصاق . فإذا اختار المحكر استبقاء البناء أو الغراس ، تملكه بأدنى القيمتين ، قيمته مستحق الإزالة أو قيمته

(١) أنظر ما يلي فقرة ٢٤٣ .

مستحق البقاء . وله أن يطلب مهلة في الدفع ، مع تقديم كفالة لضمان الوفاء بما يستحق في ذمته . وفي هذا كله أيضا تتفق أحكام المحكر مع أحكام الالتصاق ، فتكون أحكام المحكر في مجموعها منفعة مع أحكام الالتصاق . إلا أنه مع ذلك يوجد فرق ما بين أحكام المحكر وأحكام الالتصاق . ففي أحكام الالتصاق ، في حالة الحائز سيء النية ، لا يجوز لصاحب الأرض طلب الإزالة إلا في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه باقامة المنشآت . أما في المحكر فلم ينص القانون على ميعاد محدد يطلب فيه المحكر الإزالة ، ومن ثم يجوز له طلب الإزالة في أى وقت شاء (١) .

§ ٥ - فروض تستبعد أصلا من نطاق أحكام الالتصاق

١١٥ - فرض ما إذا بنى المالك في السبوع في الأرض الشائعة : إذا أقام أحد الشركاء بناء على جزء مفروز من الأرض الشائعة قبل قسمتها ، فإن أحكام الالتصاق هنا لا تسرى ، ويجب استبعاد هذا الفرض أصلا من نطاق تطبيقها . وأحكام السبوع هي التي تسرى في هذا الفرض ، إذ تعتبر إقامة الشريك بناء في جزء مفروز من الأرض الشائعة عملا من أعمال الإدارة غير المعتادة (٢) ، فيجب تطبيق أحكام الإدارة غير المعتادة في المال الشائع .

والمقتضى تطبيق أحكام الإدارة غير المعتادة في المال الشائع أن بناء الشريك يقتضى موافقة الشركاء أصحاب ثلاثة أرباع الأرض الشائعة ويدخل فيهم الشريك الباني نفسه . أو في القليل إقرار هذه الأغلبية الخاصة لعمل الشريك الباني بعد أن يتم البناء . فإذا لم توافق هذه الأغلبية على البناء ولم تقره بعد إقامته ، جاز إجبار الشريك الباني على إزالة البناء ودفع تعويض لسائر الشركاء عما عسى أن تكون إزالة هذا البناء قد ألحقت بالأرض من ضرر . أما إذا وافقت الأغلبية الخاصة على البناء قبل إقامته ، أو أقرته بعد إقامته ،

(١) أنظر في تفصيل تسوية حساب البناء أو الغراس عند انتهاء المحكر الوسيط ٦ فقرة

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٥٠٠ .

فان جميع الشركاء يساهمون في تكاليف البناء كل بنسبة حصته في الأرض الشائعة (١) .

١١٦ - فرض ما إذا بنى الفضولي أو الوكيل في أرض رب العمل

أو الموكل : ويقع أن يقوم فضولي بالبناء في أرض رب العمل ، ويكون هذا البناء أمراً عاجلاً فتتحقق شروط الفضالة . وفي هذه الحالة لا يعتبر الفضولي بانياً في أرض الغير ، ولا تسري أحكام الالتصاق . بل يجب استبعاد هذا الفرض أصلاً من نطاق تطبيق أحكام الالتصاق ، وتطبيق أحكام الفضالة . فيجب على رب العمل أن يرد للفضولي النفقات التي صرفها في البناء مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه . وأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها

(١) أما في التقنين المدني السابق ، حيث لم يكن هناك نظام تشريعي لإدارة المال الشائع إدارة معتادة وإدارة غير معتادة ، فان محكمة النقض أشفقت على الشريك الباني من هذه النتيجة القاسية ، ولم يكن القانون يهيء له وسيلة يلجأ إليها إلا إجماع الشركاء وهو أمر متعذر ، فقضت بأن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية في حصته الشائعة ، ولذلك فانه إذا تمكن أحدهم من إقامة بناء على جزء من العقار المشترك فانه لا يعد بانياً في ملك غيره . ومن ثم فان المادة ٦٥ من القانون المدني (السابق) لا تكون منطبقة على حاله لئلا يحكم البناء في ملك الغير . ولا يغير من ذلك ما للشريك الآخر من حق الملكية في الشيوع في الجزء الذي حصل فيه البناء ، فان كل ماله هو أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع ، ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ : رقم ٢٤ ص ٥٥) . وقد سبق أن بحثنا هذه المسألة عند بحث الملكية في الشيوع ، فتحيل إلى ما قدمناه في هذا الصدد وإلى المراجع والأحكام التي أشرنا إليها (الوسيط ٨ فقرة ٥٠٢) .

أما التقنين المدني السوري وقانون الملكية العقارية اللبناني ، فقد قضى كل منهما بوجوب انتظار القسمة ، فان لم يخرج الجزء المبني في حصة الباني ، اعتبر بانياً في أرض غيره وهو حسن النية وتطبق عليه أحكام الالتصاق ، وهذا هو ما كانت محكمة النقض المصرية تقضي به في عهد التقنين المدني السابق فيما رأينا . وقد نصت المادة ٨٩٢ مدني سوري في هذا الصدد على أنه « إذا كانت الأغراس والأبنية قد غرسها أو شيدها على عقار مشترك أحد الشركاء في هذا العقار بدون رخصة شركائه الآخرين ، فتجرى قسمة العقار عند الاقتضاء على يد القاضي ، ثم يطبق على كل حصة من الحصص أحكام المادة ٨٨٩ (أحكام الالتصاق في حالة الباني بحسن نية) » . وانظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٢١٩ من قانون الملكية العقارية اللبناني . أما التقنين المدني العراقي فقد نصت المادة ١١٢٣ منه على أنه « إذا بنى أحد أصحاب الحصص لنفسه في الملك المشتري القابل للقسمة بدون إذن الآخرين ، ثم طلب الآخرون القسمة ، فتقسم . فإذا أصاب ذلك البناء حصة بانيه ملكه ، وإن أصاب حصة الآخر فله أن يكلف الباني بالهدم » .

فى أثناء قيامه بالبناء . وأن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بهذا العمل (م ١٩٥ مدنى) .

وقد يوكل شخص شخصا آخر فى إدارة أعماله ، ويكون من الأعمال التى يقوم بها الوكيل تنفيذا لو كالاته إقامة بناء فى أرض الموكل ، فيجب هنا أيضا عدم اعتبار الوكيل بانيا فى أرض غيره ، بل يجب استبعاد هذا الفرض أصلا من نطاق تطبيق أحكام الالتصاق . وأحكام الوكالة هى التى يجب تطبيقها فى هذا الفرض . فيلتزم الموكل بأن يرد للوكيل ما أنفقه فى إقامة البناء مع الفوائد من وقت الانفاق ، وإذا طلب الوكيل مبالغ للانفاق منها فى شؤون البناء وجب على الموكل أن يقدم هذه المبالغ (م ٧١٠ مدنى) (١) .

§ ٦ - فروض تستثنى من أحكام الالتصاق

١١٧ - فرض ما إذا جار الباقى بحسن نية على جزء صغير من الأرض

المبرصة - نص قانونى : تنص المادة ٩٢٨ مدنى على ما يأتى :

« إذا كان ما لك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة . جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن يتزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك فى نظير تعويض عادل » (٢) .

(١) أنظر هذه المسألة فى القانون الفرنسى ونردد القضاء الفرنسى : بلانيول وريبير وبكار ٣ فقرة ٢٨١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٦٣ من المشروع التمهيدى على وجه مصادق لما اسقر عليه فى التقنين المندى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠٠ فى المشروع 'نهائى' . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٧ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٥ - ص ٣٢٧) .

ولامقابل للنص فى التقنين المندى السابق ، ولكن القضاء المصرى كان يجرى على هذا المبدأ تطبيقاً لقواعد العدالة : استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٦٧ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٨ - ٥ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٠٤ - ١٨ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١١ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٦ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٧ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٥ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٣٤ - المطارين ٢٧ مايو سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٤٩ ص ١٢٥ . ولم

ويفرض هذا النص أن أرضاً بنى عليها مالئها ، وفي أثناء البناء جاوز ، دون أن يتنبه لذلك ، حدود ملكه إلى جزء صغير من الأرض الملاصقة لأرضه ، فامتد البناء إلى هذا الجزء الصغير . وقد يكون ذلك . كما هو الغالب ، لعدم ظهور الحدود وأبنهامها ما بين الجيران . وهذا فرض يدخل في نطاق أحكام الالتصاق ، فالباقي قد بنى بحسن نية في هذا الجزء الصغير الملاصق لأرضه ، فيكون قد بنى في ملك غيره . وكان مقتضى تطبيق أحكام الالتصاق في هذا الفرض أن يتملك الجار الملاصق الجزء من البناء المقام على هذا الجزء الصغير من أرضه بالالتصاق ، وذلك بأدنى القيمتين ، قيمة ما أنفقه الباقي في هذا الجزء من البناء وقيمة ما زاد في الجزء الصغير الملاصق بسبب البناء . وكلا القيمتين تافه إزاء التضحية التي يتحملها الباقي من أن يكون جزء لا يتجزأ من بنائه مملوكاً لجاره بالالتصاق . وإذا جاز للباقي وهو حسن النية أن يتزع البناء من الجزء الملاصق . فان تضحيته تكون تضحية أكبر . وإذا جاز للجار الملاصق أن يملك هذا الجزء الصغير من الأرض لصاحب البناء ، فان هذا هو حق للجار الملاصق لا التزام عليه ، ولا يستطيع الباقي أن يجبره على استعماله . والحل العادل في هذا الفرض هو جواز إجبار الجار الملاصق على أن ينزل عن ملكية هذا الجزء الصغير من أرضه المشغول بالبناء لجاره الباقي في نظير تعويض عادل . ولكن هذا الحل العادل يخالف أحكام الالتصاق كما رأينا . ومع ذلك فقد كان القضاء المصري يجري عليه في عهد التقنين المدني السابق أخذاً بمقتضيات العدالة^(١) . وكان ينقصه أن يستند إلى نص في ذلك يستثنى هذا الفرض من أحكام الالتصاق ، ويجعل الحكم فيه هو هذا الحكم العادل .

وقد أوجد التقنين المدني الجديد هذا النص العادل . وهو المادة ٩٢٨

= يمكن القضاء يستند إلى نص ، فقن التقنين المدني الجديد هذا القضاء العادل .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٣٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(١) انظر آنفاً ص ٣١٦ هامش ٢ .

مدنى سالفة الذكر (١) . ويجب لتطبيقها توافر شرطين : (١) أن يكون البانى إنما يبنى أصلاً فى أرضه ، وقد جاوزها إلى جزء صغير من الأرض مملوك للجار الملاصق . (٢) أن تكون هذه المجاوزة من البانى قد وقعت بحسن نية (٢) .

فاذا توافر هذان الشرطان ، جاز للقاضى ألا يجرى أحكام الالتصاق ، وأن يستثنى هذا الفرض من هذه الأحكام . وبدلاً من أن يملك الجزء من البناء لصاحب الجزء الصغير من الأرض الملاصقة ، يملك هذا الجزء الصغير من الأرض لصاحب البناء ، وذلك فى نظير تعويض عادل يقدره الخبير عند الاقتضاء (٣) . ويلاحظ أن هذا أمر جوازى للقاضى وخاضع لتقديره ،

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « واستثناء من الأحكام المتقدمة ، إذا جار البانى بحسن نية على أرض الجار ، وكان يبنى فى أرضه فجاوزها إلى جزء صغير ملاصق له من أرض جاره ، وبنى بناء ضخماً لو طبقت عليه الأحكام المتقدمة لأصبح جزء من هذا البناء الضخم ملكاً للجار ، لحاز البانى أن يجبر الجار على أن ينزل له عن ملكية الجزء المشغول بالبناء فى نظير تعويض عادل ... وقد جرى القضاء المصرى على هذا المبدأ دون أن يستند إلى نص ، فقتن المشروع هذا القضاء العادل ، ودعمه بالنص الذى ينقصه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٢) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٢ - أما إذا كان البانى قد بنى بسوء نية بأن كان متنبهاً لمجاوزته حدود أرضه ، وبخاصة إذا نهبه الجار إلى ذلك فلم يأبه لهذا التنبيه ، فإنه يجب تطبيق أحكام الالتصاق المتعلقة بالبانى بسوء النية . ويكون للحار الملاصق طلب إزالة البناء الذى يشغل أرضه ، أو تملكه بأدنى القيمتين ، قيمته مستحق الهدم أو قيمة ما زاد فى أرضه بسبب هذا البناء (نقض فرنسى ٢٦ يولييه سنة ١٨٤٢ داللو ٤٢ - ١ - ٣٠٦ محمد على عرفة ٢ فقرة ٥٥ ص ٤٠٠) .

(٣) ويعمد فى هذا التعويض ، لافحسب بقيمة الجزء من الأرض المشغول بالبناء ، بل أيضاً بما أصاب صاحب الأرض الملاصقة من الضرر بسبب حرمانه من هذا الجزء (عبد المنعم فرح الصدة فقرة ٢٦٣ ص ٣٨٣) .

ولما كان هذا الحكم حكماً استثنائياً . فإنه لا يجوز التوسع فى تفسيره ، ويترتب على ذلك مايتأتى : (أ) لا يجوز تملك البانى إلا الجزء الصغير الملاصق للبناء والمشغول به دون زيادة . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بعدم الاقتصار على تملك هذا الجزء من الأرض الذى يشغله البناء ، بل يمتد التملك مسافة متر حول البناء من الخط الخارجى لكل مظل مفتوح فى البناء حتى يتفادى البانى الحكم بسد المظل (استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٤١١) . وهذا الحكم منتقد ، حتى فى عهد التقنين المدنى الجديد الذى أوجد السند التشريعى للمسألة التى نحن بصددنا ولم يكن هذا السند موجوداً فى التقنين المدنى السابق الذى صدر فى عهده =

فاذا رأى من ظروف القضية ومن حسن نية الباني ومن صغر الجزء من الأرض الملاصقة المشغول بالبناء ما يشفع في الأخذ بهذا الحكم الذي يخرج فيه على أحكام الالتصاق ، جاز له أن يستثنى هذا الفرض ، وبدلاً من أن يخضعه لأحكام الالتصاق يخضعه لهذا الحكم العادل (١) .

١١٨ - المنشآت الصغيرة القائمة على أرض الغير لا على - بيل

الدوام - نص قانوني : : تنص المادة ٩٢٩ مدني على ما يأتي :

« المنشآت الصغيرة ، كالأكشاك والخوانيت والمآوى التي تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصوداً بقاؤها على الدوام ، تكون ملكاً لمن أقامها » (٢) .

وهذا استثناء آخر من أحكام الالتصاق . اقتبس من المادة ٦٧٧ مدني سويسري . فان الأصل أن المنشآت ، كبيرة كانت أو صغيرة . متى اندمجت

= هذا الحكم . ويكفي تملك الباني الجزء المشغول بالبناء على خلاف القواعد العامة في الالتصاق ، ولا مسوع لإبقاء المثل مفتوحاً على ملك الجار بل يجب سده (أنظر في هذا المعنى محمد على عرفه ٢ فقرة ٥٥ ص ١٠١ هامش ١) . (ب) لا يجوز الحكم بتقسيط أو تأجيل التعويض المستحق في ذمة الباني لصاحب الجزء الملاصق ، فان هذا تيسير مقصور على الحالات الواردة في نصوص خاصة (م ٩٢٤-٩٢٦ مدني) ، وليست هذه الحالة المنصوص عليها في المادة ٩٢٧ مدني من بينها . (١) أنظر هذه المسألة في القانون الفرنسي واضطراب القضاء فيها لانعدام النص : نقض فرنسي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٣ - ١ - ٢٩٨ - ٢ مارس سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ - ١ - ٢٠٢ - بودري وشوفو فقرة ٣٧٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٤ - بلانيول وريبير وبولانجيح ١ فقرة ٢٩٧٨ - مارتى ورينو فقرة ١٣٤ مكررة ص ١٤٩ - ص ١٥٠ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ construction فقرة ٨٤ - فقرة ٨٨ . (٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٤ من المشروع التمهيدي على توجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٧ ص ٣٢٨) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٣٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

فى الأرض ، تملكها صاحب الأرض بالالتصاق على التفصيل الذى قدمناه . ولكن القانون استثنى فى هذا الفرض المنشآت الصغيرة التى تقام مؤقتا على أرض الغير . دون أن يقصد بقاؤها فيها على الدوام ، وذلك كالأكشاك الخشبية والدكاكين الصغيرة والعشش والاستراحات الموقنة وأكشاك الاستحمام التى لها أساس ثابت فى الأرض وغير ذلك من المآوى . فهذه ليست فحسب منشآت صغيرة . بل هى أيضا منشآت موقنة لم يقيمها صاحبها على أرض الغير على سبيل الدوام . و كان مقتضى تطبيق أحكام الالتصاق أن صاحب الأرض يملكها بالالتصاق . على أن يدفع تعويضا لأصحابها يختلف باختلاف الأحوال .

ولكن استثناء من أحكام الالتصاق . ونظرا لصغر قيمة هذه المنشآت وبالأخص لأنها منشآت موقنة لم يقصد من إقامتها أن تبقى على سبيل الدوام . قضت المادة ٩٢٩ مدنى سالفه الذكر بأن صاحب الأرض لا يملكها بالالتصاق . بل تبقى ملكا لمن أقامها . ويستوى فى ذلك أن يكون من أقام هذه المنشآت حسن النية يعتقد أن له الحق فى إقامتها فى أرض الغير ، أو كان سىء النية يعلم أن الأرض مملوكة للغير وألا حق له فى إقامة المنشآت عليها . ويترتب على ذلك أن صاحب هذه المنشآت يستطيع نزعها من الأرض حتى لو كان سىء النية ، بشرط أن يعيد الأرض إلى أصلها وأن يعرض صاحب الأرض عما عسى أن يكون قد أصابه من الضرر . ويترتب على ذلك أيضا أن صاحب الأرض يستطيع أن يطلب إزالتها حتى لو كان صاحبها حسن النية^(١) ، ما دام لم يتفق معه على إقامتها أو لم يحدد الاتفاق مصير المنشآت .

وتبقى المنشآت قائمة على الأرض ومملوكة لمن أقامها ، حتى ينزعها هذا الأخير أو يطلب إزالتها صاحب الأرض . وذلك ما لم يتفق صاحب الأرض وصاحب المنشآت على أمر آخر ، كأن يتفقا على أن تبقى المنشآت فى الأرض لمدة معينة. فى نظير أجره عن الأرض يدفعها صاحب المنشآت ،

(١) مع التعويض إن توافرت شروط المسؤولية التقصيرية ، وثبت خطأ فى جانب صاحب المنشآت .

أو يتفقا على تملك صاحب الأرض للمنشآت أو صاحب المنشآت للأرض في نظير مبلغ معين ، أو يتفقا على أي أمر آخر (١) .

المطلب الثالث

الصورة الثالثة - الباني بني في أرض غيره وبأدوات غيره

١١٩ - نص قانوني : تنص المادة ٩٣٠ مدني على ما يأتي :

« إذا أقام أجنبي منشآت بمواد مملوكة لغيره ، فليس لمالك المواد أن يطلب استردادها . وإنما يكون له أن يرجع بالتعويض على هذا الأجنبي ، كما له أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد على ما هو باق في ذمته من قيمة تلك المنشآت » (٢) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني الوطني السابق المادة ٦٦ (٣) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٩١ . وفي التقنين المدني الليبي م ٩٣٤ - وفي التقنين العراقي م ١١٢٢ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢١٨ (٤) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ولا تنطبق الأحكام المتقدمة (أحكام الالتصاق) على الأكشاك والحوائث والمآوى التي تقام على أرض الغير ولم يكن مقصوداً بقاءها على الدوام . فهذه لا تملك بالالتصاق بل تبقى ملكاً لمن أقامها ، ويكلف هذا إذا كان معتدياً بإزالة والتعويض (م ١٣٦٤ من المشروع وهي مأخوذة من المادة ٦٧٧ من التقنين السويسرى) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٢ » .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠٢ في المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣٠ (مجموعة الأعمال ٦ ص ٣٢٩ - ص ٣٣٣) .

(٣) التقنين المدني الوطني السابق م ٦٦ : إذا حصل البناء أو الغراس أو غير ذلك من شخص في أرض غيره بمهمات وأدوات كانت ملكاً لغيره أيضاً ، فلا يجوز لصاحب المهمات والأدوات المذكورة أن يطلب ردها إليه ، بل له الحق في أخذ تعويض من ذلك الغراس أو الباني ، أو من صاحب الأرض على قدر ما يكون مطلوباً منه . (وأحكام التقنين المدني السابق تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٤) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٩١ (موافق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٣٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٢٢ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢١٨ (موافق) .

وهذه هي الصورة الثالثة من صور الالتصاق الصناعي ، وفيها يقيم الباني منشآت في أرض غيره بمواد مملوكة لشخص ثالث . فيكون أمامنا أشخاص ثلاثة : صاحب المواد التي أقام بها الباني المنشآت ، والباني الذي أقام المنشآت ، وصاحب الأرض التي أقيمت فيها المنشآت . وعلينا إذن أن نحدد : (١) علاقة صاحب المواد بالباني . (٢) علاقة صاحب المواد بصاحب الأرض . (٣) علاقة الباني بصاحب الأرض .

١٢٠ - **علاقة صاحب المواد بالباني** : لما كانت المواد منقولا ، فمن الجائز أن يكون الباني قد حازها بحسن نية وبسبب صحيح ، فيكون قد تملكها بالحيازة . فاذا أقام بها منشآت في أرض غيره ، يكون قد أقام هذه المنشآت بمواد مملوكة له في أرض الغير ، ولا رجوع لصاحب المواد السابق عليه بشيء ، وتكون العلاقة بينه وبين صاحب الأرض محكومة بالقواعد التي فصلناها في الصورة الثانية من صور الالتصاق الصناعي في المطلب السابق .

أما إذا كان الباني لم يملك المواد بالحيازة ، بل أقام بها المنشآت وهي غير مملوكة له ، فقد يكون بني في أرض غيره (١) وهو سيء النية فأجبر على نزعها من الأرض ، أو بني وهو حسن النية واختار هو أن يترعها من الأرض . وفي الحالتين ، ما دامت المواد قد نزلت من الأرض ولم يملكها صاحب الأرض بالالتصاق ، فانه يبدو أن صاحب المواد يستطيع استردادها من الباني ما دامت قد احتفظت بذاتها ، لأن صاحب الأرض لم يملكها بالالتصاق ولم تنتقل ملكيتها إلى الباني بسبب من أسباب انتقال الملك فبقيت على ملك صاحبها ، ويكون أيضا لهذا الأخير أن يرجع على الباني بالتعويض إن كان قد أصابه ضرر (٢) .

(١) أما إذا كان الباني قد بني بمواد غيره في أرض هذا الغير بالذات ، فالأمر واضح . ذلك أن المواد والأرض مملوكة لشخص واحد ، فيمتلك هذا الشخص المنشآت التي أقيمت في أرضه بمواد مملوكة له دون حاجة إلى الاستناد إلى قواعد الالتصاق ، ويرجع عليه الباني بدعوى الإثراء بلا سبب .

(٢) شفيق شحاتة فقرة ٢٣٩ - ص ٢٥٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٦٤ - إسماعيل غانم ص ٦٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٠ .

وإذا كان صاحب الأرض قد تملك المواد بالالتصاق ، فإن لصاحب المواد أن يرجع على الباني بالتعويض لأنه قد تسبب في أن تضيع عليه ملكية مواده . فيرجع بقيمة هذه المواد وقت إقامة المنشآت بها ، وبالتعويض عما قد يكون أصابه من ضرر بسبب فقدته لملكية المواد .

١٢١ - **عملة صاحب المواد بصاحب الأرض :** إذا تملك صاحب الأرض المواد بالالتصاق ، فإن ملكية هذه المواد تنتقل من صاحبها إلى صاحب الأرض بسبب من أسباب كسب الملكية هو هذا الالتصاق بالذات . وليس صاحب الأرض في الأصل مسئولاً نحو صاحب المواد، وإنما هو مسئول نحو الباني بالتعويض الذي فصلناه فيما تقدم . ولما كان صاحب الأرض مدينا للباني ، وكان الباني مدينا بدوره لصاحب المواد على الوجه الذي أسلفناه (١) ، فإنه يجوز لصاحب المواد أن يرجع على صاحب الأرض بالدعوى غير المباشرة باعتباره دائناً لدائنه .

ولكن القانون أعطى لصاحب المواد فوق ذلك دعوى مباشرة على صاحب الأرض ، إذ تقول العبارة الأخيرة من المادة ٩٣٠ مدني كما رأينا : « كما له (لصاحب المواد) أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد على ما هو باق في ذمته من قيمة هذه المنشآت » . ذلك أن الباني إذا كان قد بنى وهو سىء النية ولم يطلب صاحب الأرض الإزالة ، فعلى صاحب الأرض أن يدفع للباني أدنى القيمتين ، قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة ما زاد في الأرض بسبب المنشآت . وإذا كان الباني قد بنى وهو حسن النية ، ولم يطلب نزع المنشآت من الأرض ، فعلى صاحب الأرض أن يدفع للباني أدنى القيمتين ، قيمة المواد مع أجر العمل وقيمة ما زاد في الأرض بسبب المنشآت . ونرى من ذلك أن صاحب الأرض ، في الحالتين ، إذا تملك المنشآت بالالتصاق ، عليه أن يدفع تعويضاً للباني بمقدار حدده القانون على النحو سالف الذكر . وعلى صاحب الأرض أن يدفع هذا التعويض للباني ، فإذا دفعه كله أو بعضه دون أن يعلم بحق صاحب المواد قبل الباني ، فقد

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

برئت ذمته من هذا التعويض بمقدار ما دفع . أما إذا أنذر صاحب المواد صاحب الأرض بماله من حق التعويض في ذمة الباني على النحو الذي قدمناه (١)، فإنه يجب على صاحب الأرض أن يستبقى في يده التعويض المستحق للباني قبله أو الباقي من هذا التعويض . ويكون لصاحب المواد الحق في الرجوع على صاحب الأرض بدعوى مباشرة ، بالتعويض المستحق له قبل الباني في حدود التعويض المستحق للباني قبل صاحب الأرض أو ما هو باق في ذمته من هذا التعويض . فاذا دفع صاحب الأرض للباني التعويض المستحق له بالرغم من الإنذار الموجه إليه من صاحب المواد ، لم يسر هذا الدفع في حق صاحب المواد وكان لهذا الأخير أن يرجع على صاحب الأرض بما هو مستحق له في حدود الباقي في ذمة صاحب الأرض للباني وقت الإنذار . ولصاحب الأرض أن يرجع على الباني بما أجبر على دفعه لصاحب المواد على النحو المتقدم الذكر .

ويبرر إعطاء القانون لصاحب المواد هذه الدعوى المباشرة على صاحب الأرض أن المنفعة التي قدمها صاحب المواد بمواده كانت هي السبب في حق التعويض الذي وجد في ذمة صاحب الأرض للباني . وتقوم الدعوى المباشرة على نص صريح ، يرجع إلى أن الدائن الذي ثبتت له دعوى مباشرة ضد مدين مدينه هو شخص قد أوجد لمدينه حقاً في ذمة مدين المدين ، بسبب منفعة قدمها أو بسبب خسارة تحملها (٢) . وهنا توجد منفعة قدمها صاحب المواد كما سبق القول ، كما يوجد النص الصريح في العبارة الأخيرة من المادة ٩٣٠ مدني سالفه الذكر .

١٢٢ - عرقلة الباني بصاحب الأرض : أما علاقة الباني بصاحب

الأرض فواضحة مما قدمناه في الصورة الثانية من صور الالتصاق الصناعي . فالباني إما أن يكون سيء النية ، أو حسن النية .

فان كان سيء النية ، كان لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة وإعادة الأرض إلى أصلها مع التعويض . وعند ما يزيل الباني المواد من الأرض ،

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

(٢) أنظر الوسيط ٢ فقرة ٥٦٢ - فقرة ٥٦٣ .

يجوز كما قدمنا (١) أن يستردها صاحبها منه . وإذا لم يطلب صاحب الأرض الإزالة ، تملك المنشآت بالتصاق ، ووجب عليه أن يدفع للباني أدنى القيمتين ، قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة ما زاد في الأرض بسبب المنشآت . وفي حدود هذا التعويض يستطيع صاحب المواد أن يرجع بدعوى مباشرة على صاحب الأرض لتقاضى ما يستحقه من التعويض قبل الباني (٢) .

وإن كان الباني حسن النية ، كان له أن يتزع المواد من الأرض مع إعادة الأرض إلى أصلها . وعندما يتزع الباني المواد من الأرض ، يجوز هنا أيضا كما قدمنا (٣) أن يستردها صاحبها منه . وإذا لم يتزع الباني المواد من الأرض ، تملك صاحب الأرض المنشآت بالتصاق . على أن يدفع للباني أدنى القيمتين ، قيمة المواد مع أجر العمل وقيمة ما زاد في الأرض بسبب المنشآت . وهنا أيضا يستطيع صاحب المواد أن يرجع في حدود هذا التعويض بدعوى مباشرة على صاحب الأرض ، لتقاضى ما يستحقه من التعويض قبل الباني (٤) . ويلاحظ أخيرا أنه إذا كان التزام صاحب الأرض بتعويض الباني على النحو سالف الذكر مرهقا له ، كان له أن يملك الأرض للباني في نظير تعويض عادل طبقا للقواعد المقررة في هذا الشأن (٥) .

المبحث الثالث

التصاق المنقول بالمنقول

١٢٣ - نص قانوني : تنص المادة ٩٣١ مدني على ما يأتي :

« إذا التصق منقولان للمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ، ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين ، قضت المحكمة في الأمر مسترشدة

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٢١ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ١٢١ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ١٠٤ .

بقواعد العدالة ، ومراعية في ذلك الضرر الذي حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٩٢/٦٧ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٩٣ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٣٥ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٢٥ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٣) .

وهذه هي الحالة الثالثة من أحوال الالتصاق . ففي الحالتين الأوليين كان الالتصاق بعقار ، وكان إما التصاقاً طبيعياً في الحالة الأولى ، أو التصاقاً صناعياً في الحالة الثانية . أما في هذه الحالة الثالثة ، فالالتصاق هو التصاق منقول بمنقول ، وهو قليل الوقوع في العمل ، وإذا وقع فأهميته محدودة . ولذلك لم يفرد له التقنين المدني إلا نصاً واحداً وكل فيه الأمر للقاضي . وقد اقتنى في ذلك أثر التقنين المدني السابق . ويستوى في هذا الالتصاق

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠٣ في المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٠٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٤ - ص ٣٣٥) .

(٢) التقنين المدني السابق ٩٢/٦٧ : إذا اختلط أو التصق شيئان من المنقولات كل واحد منهما مملوك لشخص بحيث لا يمكن تفريق أحدهما عن الآخر بدون حصول تلف لهما ، فللمحاكم أن تنظر في ذلك بمقتضى أصول العدالة ، مع مراعاة الضرر الذي يحدث ومراعاة أحوال المالكين واعتقاد كل منهما عند الاختلاط أو الالتصاق . (والتقنين المدني السابق يتفق مع التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٩٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٣٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٢٥ : إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث

لا يمكن فصلهما دون تلف أو نفقة فاحشة ، ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين ، وكان الالتصاق قضاء وقدرأ ، تملك صاحب المنقول الأكثر قيمة المنقول الآخر بقيمته . (ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصرى في أن التقنين العراقي يشترط أن يكون الالتصاق قضاء وقدرأ ، ويقضى حتماً بأن يملك صاحب المنقول الأكبر قيمة المنقول الآخر بقيمته) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

أن يكون قد وقع عمدا أو بقوة قاهرة ، كما يستوى أن يكون أحدا للمالكين أو كلاهما حسن النية أو سىء النية . والمهم أن تتوافر شروط التصاق المنقول بالمنقول ، فاذا ما توافرت ترتب على ذلك أحكام مردها جميعا إلى تقدير القاضي .

١٢٤- شروط التصاق المنقول بالمنقول : يجب توافر شروط أربعة :
أولا - أن يتم الالتصاق بين منقول ومنقول . أما إذا تم التصاق منقول بعقار ، فقد ميزنا فيما تقدم بين الالتصاق الطبيعي والالتصاق الصناعي ، واستعرضنا صور كل من هاتين الحالتين ، وبسطنا الأحكام المتعلقة بكل من هذه الصور .

ثانيا - أن يكون المنقولان مملوكين للمالكين مختلفين . أما إذا اتحد المالك ، فلا يكون هناك مجال لإعمال أحكام الالتصاق ، إذ يكون المنقولان الملتصقان في حالتهما الجديدة مملوكين لنفس المالك الواحد الذى كان يملك كلا منهما .
ثالثا - أن يندمج المنقولان أحدهما فى الآخر بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر دون تلف يصيب أحدهما أو كليهما . وهذا هو الذى يبرر إعمال قواعد الالتصاق ، لأن المنقولين يصبحان على هذا النحو منقولا واحدا ، فلا بد من تعيين أى من المالكين المختلفين يكون هو المالك لهذا المنقول الجديد . أما إذا أمكن الفصل ، فلا يكون هناك حاجة لإعمال قواعد الالتصاق ، ووجب فصل المنقولين أحدهما عن الآخر وإعطاء كل منقول لصاحبه .

رابعا - ألا يكون هناك اتفاق سابق بين المالكين المختلفين فى شأن مصير المنقولين بعد الالتصاق . وهذا شرط جوهرى ، وقد رأينا نظيره فى الالتصاق الصناعى بعقار فى صورة الثلاث (١) . ذلك أنه إذا وجد اتفاق سابق ، كعقد استصناع مثلا ، فهذا الاتفاق هو الذى يسرى ، ولا تسرى أحكام الالتصاق . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « إلا أن المشروع نبه إلى أمر هام ، هو ألا يكون هناك اتفاق بين المالكين للمنقولين الملتصقين . وهذا القيد هو الذى يمنع من تطبيق الحكم فى العلاقة

(١) أنظر آنفاً فقرة ٩٧ .

ما بين المستصنع والصانع . فان الصانع وإن كان يخلط مواد مملوكة له بمواد مملوكة للمستصنع ، يخضع للاتفاق المعقود بينه وبين المستصنع ، وهو عقد الاستصناع « (١) .

١٢٥ - **امطام التصاق المنقول بالمنقول** : نستبعد أولا من نطاق هذه الأحكام الفرض الذى فيه يملك أحد المالكين المختلفين المنقول الآخر بالحيازة إذا كان حسن النية ، فيتحد المالك فى هذا الفرض ، ولا تعود شروط الالتصاق ومنها اختلاف المالك متوافرة .

ويبقى إذن الفرض الذى فيه يلتصق المنقولان وهما وقت الالتصاق مملوكان للمالكين مختلفين ، لأن أحدا منهما لم يملك المنقول الآخر بالحيازة . وقد أطنأ التقنين المدنى الفرنسى فى تفريع أحكام هذه الحالة من الالتصاق ، حتى أنه خصص لهذه المسألة المحدودة الأهمية والنادرة الوقوع ثلاث عشرة مادة (م ٥٦٥ - ٥٧٧ مدنى فرنسى) . مقتنيا فى ذلك أثر القانون الرومانى الذى كان يعبر المسألة أهمية كبيرة نظرا لأن قاعدة تملك المنقول بالحيازة لم تكن معروفة عنده ، وهذه القاعدة تحول إلى حد بعيد دون تطبيق أحكام الالتصاق كما سبق القول .

أما التقنين المدنى المصرى . القديم والجديد . فلم يعبر المسألة هذه الأهمية الكبيرة ، واكتفى كما قدمنا بنص واحد وكل فيه الأمر للقاضى ، بعد أن وضع له توجيهات عامة يسترشد بها .

وأول هذه التوجيهات هو أن يحكم القاضى مسترشدا بقواعد العدالة . فقد يخلط منقولان مختلفا القيمة أحدهما بالآخر ، فقواعد العدالة تقضى بأن يملك صاحب الشئ الأكبر قيمة الشئ الأقل قيمة على أن يدفع قيمة هذا الشئ لصاحبه ، أو أن يملك صاحب الشئ الأصلى الشئ التابع على أن يدفع لصاحبه قيمته . فاذا امتزج السمن بالعسل أو المشروبات الروحية بللاء أو بالصودا ، فظاهر أن صاحب السمن أو صاحب المشروبات الروحية ، وهو مالك الشئ الأكبر قيمة ، يملك العسل أو الماء أو الصودا ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٥ - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٢ فقرة

على أن يدفع قيمة هذه الأشياء لأصحابها . وإذا اندمجت قطعة « غيار » في « ماكينة » السيارة ، فظاهر أن مالك السيارة ، وهو مالك الشيء الأصلي ، يمتلك قطعة الغيار وهي شيء تابع على أن يدفع قيمتها لصاحبها .

ومن هذه التوجيهات أيضا أن يراعى القاضى الضرر الذى حدث ، فأى المالكين يصيبه ضرر أكبر بفقد ملكية منقوله هو الذى يستبقى ملكية هذا المنقول ويملك المنقول الآخر . فإذا خلط شخص قمحا مملوكا له بقمح مملوك لشخص آخر ، فأى المالكين يكون أحوج إلى القمح المخلوط يمتلك قمح الشخص الآخر على أن يدفع له تعويضا عنه .

ومن هذه التوجيهات كذلك أن يراعى القاضى حالة كل من الطرفين من حيث القدرة المالية . فأى المالكين أقوى قدرة على تعويض الطرف الآخر هو الذى يمتلك المنقولين بعد التصاقهما ، على أن يدفع للطرف الآخر التعويض المستحق له .

ومن هذه التوجيهات أخيرا أن يراعى القاضى حسن نية كل من الطرفين . فأى منهما كان حسن النية ، وكان قادرا على تعويض الطرف الآخر ، هو الذى يمتلك المنقولين بعد التصاقهما . على أن يدفع للطرف الآخر التعويض المستحق له . وقد يجعل القاضى المنقولين ملكا للمالك متىء النية الذى تعمد خلط أحدهما بالآخر . إذا كان من شأن هذا الخلط أن ينقص من قيمتهما ، ويوجب عليه تعويض المالك حسن النية عن منقوله بقيمته كاملة قبل أن تنتقص بالخلط . وقد يرى القاضى أن العدالة تقضى بتملك صاحب الشيء غير الأصلي الشيء الأصلي ، نظرا لسوء نية صاحب هذا الشيء الأخير .

وقد لا يرى القاضى مرجحا لجعل الملكية لأحدهما المالكين . فيجعل المنقول الذى نتج من التصاق المنقولين أحدهما بالآخر مملوكا على الشيوع لهما معا ، كل بنسبة قيمة المنقول الذى كان يملكه . ففى القمح المخلوط . قد يرى القاضى أن يجعله شركة بين المالكين بالنسبة التى تقدم ذكرها . وقد يرى أن يباع ، ويقسم ثمنه بينهما بنفس النسبة .

ويميز القانون الفرنسي في هذا الصدد بين الضم (adjonction) ،
والخلط أو المزج (mélange ou confusion) ، والتحويل (spécification) .
فالضم اتحاد منقولين مع إمكان تمييز كل منهما عن الآخر ، فيملك صاحب
المنقول الأصلي أو المنقول الأكبر قيمة المنقولين معاً ، على أن يعرض صاحب
المنقول الآخر . فوضع قطعة من الماس (solitaire) في خاتم من ذهب
يجعل صاحب الماس هو المالك على أن يعرض صاحب الذهب ، وذلك
بشرط أن يكون من المتعذر فصل المنقولين أحدهما عن الآخر دون تلف .
والخلط أو المزج هو خلط منقولين أحدهما بالآخر بحيث لا يمكن تمييز
أى منهما ، كخلط غلال مملوكة لشخص بغلال مملوكة لشخص آخر ،
أو مزج نبيذين مملوكين للمالكين مختلفين . والأصل أن يكون المنقول الجديد
مملوكاً على الشيوع للمالكين معاً ، فيباع ويقسم ثمنه عليها كل بنسبة قيمة
المنقول الذى كان يملكه . ولكن إذا كان أحد المنقولين أكبر قيمة من
الآخر ، ملك صاحبه المنقول الجديد ، وعرض صاحب المنقول الآخر .
والتحويل هو صنع شخص لشيء جديد من مادة مملوكة لآخر ، فصاحب
المادة هو الذى يملك فى الأصل الشيء الجديد على أن يعرض الشخص الآخر
النفقات التى تكلفها وأجر عمله . ويشترط فى ذلك أن تكون قيمة المادة
أكبر من قيمة العمل . فمن خاط قماشاً أو صنع طقمًا من « الأوبيسون » ،
كان عمله فى الغالب أقل قيمة من القماش الذى خاطه أو « الأوبيسون »
الذى صنع منه طقمًا ، فيملك صاحب القماش أو صاحب « الأوبيسون »
القماش بعد خياطته أو « الأوبيسون » بعد صناعته طقمًا ، على أن يعرض
الصانع عن عمله . أما إذا كانت قيمة العمل أكبر من قيمة المادة ، فإن
الصانع يملك الشيء المصنوع ، على أن يعرض صاحب المادة . فمن صنع تمثالاً
من رخام أو نبيذاً من عنب ، ملك التمثال أو النبيذ ، وعرض صاحب الرخام أو
العنب . ويشترط فى كل ذلك بداهة ألا يكون هناك اتفاق سابق بين المالكين ؛
فإن وجد اتفاق كعقد استصناع فإن الاتفاق هو الذى يسرى كما سبق القول .
وهذه الأحكام لا يوجد ما يمنع من تطبيقها فى مصر ، إذا وجد القاضى
أنها تتفق مع قواعد العدالة التى يجب أن يسترشد بها فى هذا الصدد كما قدمنا .

الفصل الثاني

العقد

(Contrat)

١٢٦ — كسب الملكية بالعقد — نص قانوني : تنص المادة ٩٣٢ مدني

على ما يأتي :

« تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية ، في المنقول والعقار ،
بالعقد متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٢٠٤ ، وذلك مع
مراعاة النصوص الآتية » (١) .

ويخلص من هذا النص أن الملكية : في المنقول والعقار على السواء ،
تنتقل بالعقد . على أن يرد العقد على عين معينة بالذات مملوكة للمتصرف .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٧ من المشروع التمهيدي على وجه
مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠٤
في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٠١ ، فجلس الشيوخ تحت
رقم ٩٣٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٧ - ص ٣٢٨) .
ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٦٧/٤٥ : تنتقل الملكية في الأموال .
منقولة كانت أو ثابتة ، بمجرد حصول العقد المتضمن التملك ، متى كان المال مملوكاً للمملك .
(والتقنين المدني السابق يتفق مع التقنين المدني الجديد) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٩٤ (مطابق فيما يتعلق بالمنقول فقط) .

التقنين المدني الليبي م ٩٣٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٢٦ : ١ - تنتقل الملكية بالعقد في المنقول والعقار .

٢ - والعقد الناقل للملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً . (ويوجد
في القانون العراقي نظام السجل العيني « الطابو » ، فلكية العقار لا تنتقل إلا بتسجيل العقد
في الطابو) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل : ويوجد في القانون اللبناني أيضاً ، كما يوجد في القانون
السوري ، نظام السجل العيني (السجل العقاري) . أنظر فيما يتعلق بنقل ملكية العقار في
القانون اللبناني وضرورة القيد في دفتر الملكية (السجل العقاري) المادتين ١٠ و ١١ من
القرار رقم ١٨٨ المؤرخ في ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ بشأن إنشاء السجل العقاري .

ونقل الملكية في المنقول بالعقد ظاهر . وإذا كانت الملكية في العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل ، فإن معنى ذلك أن الملكية لا تنتقل إلا إذا تمت إجراءات التسجيل . ولكن الذي ينقل الملكية ، حتى في العقار ، هو العقد لا التسجيل . ذلك أن التسجيل لا ينقل بذاته الملكية إلا في نظام السجل العيني ؛ وهذا النظام لا يزال غير معمول به حتى اليوم وإن كان قد صدر به قانون كما سيجيء . وحتى لو قلنا مع الرأي الراجح إن الملكية في العقار لا تنتقل فيما بين المتعاقدين إلا من وقت التسجيل ، فإن ذلك لا يمنع من أن الذي نقل الملكية هو العقد ، ولكن يتراخى أثره في نقل الملكية إلى وقت التسجيل (١) . والصحيح في نظرنا أن العقد المسجل ينقل الملكية في العقار فيما بين المتعاقدين منذ انعقاده لا من وقت التسجيل ، ولا ينفذ نقل الملكية في حق الغير إلا من وقت التسجيل . وقد بسطنا رأينا هذا في تفصيل واف عند الكلام في البيع (٢) .

ويحيل النص في انتقال الملكية بالعقد إلى المادة ٢٠٤ مدني ، وهي تنص على أن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . فنقل الملكية إذن يسبقه التزام بنقل الملكية ، وهذا الالتزام يتم تنفيذه من تلقاء نفسه مع مراعاة التسجيل في العقار ، فنتقل الملكية عن طريق تنفيذ هذا الالتزام (٣) . وليس كل عقد يكسب الملكية أو يكشف عن كسبها . والعقود المسماة المكتسبة للملكية هي البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض ، وأهم هذه العقود جميعاً هو عقد البيع . والعقود المسماة التي تكشف عن كسب الملكية هي الصلح والقسمة .

(١) قارن محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٦٣ .

(٢) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠ - فقرة ٢٨٦ .

(٣) أنظر الوسيط ٢ فقرة ٤١٦ - وانظر في التطور التاريخي للبيع كمقدناقل للملكية ، وفي أنه لم يكن في القانون الروماني يرتب في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية : الوسيط ٤ فقرة ٢٢٩ - فقرة ٢٣٢ - وانظر أيضاً في تحليل معنى نقل الملكية ، وفي أنه يجب التمييز بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية فعلاً : الوسيط ٤ فقرة ٢٣٣ - فقرة ٢٣٩ - وفي الاتفاق على تأجيل نقل الملكية حتى استيفاء الثمن : الوسيط ٤ فقرة ٩٠ - فقرة ٩٤ .

١٢٧ - كسب الملكية بالعقد في المنقول - نص قانوني : فاذا كان

الشيء الذي يرد عليه العقد منقولاً . وجب التمييز بين الشيء المعين بالذات والشيء الذي لم يعين إلا بنوعه .

ففي الشيء المعين بالذات ، يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية المتولد من العقد بمجرد نشوء هذا الالتزام . فاذا باع شخص سيارة معينة بالذات لشخص آخر ، كان ملتزماً بنقل ملكية السيارة إلى المشتري ، ومتى نشأ هذا الالتزام في ذمته ثم تنفيذه بمجرد نشوئه . فتنتقل ملكية السيارة فعلاً إلى المشتري ، وذلك دون حاجة إلى أي إجراء آخر من تسليم أو نحوه (١) .

وفي الشيء المعين بنوعه ، تنص المادة ٩٣٣ مدني على ما يأتي :

« المنقول الذي لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بافرازه طبقاً للمادة ٢٠٥ » (٢) .

والمادة ٢٠٥ مدني التي تشير إليها المادة ٩٣٣ مدني سألقة الذكر تنص على أنه « ١ - إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه ،

(١) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٢ فقرة ٤١٧ و ٤ فقرة ٢٤١ - فقرة ٢٤٤ . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « تنتقل الملكية بالعقد في المنقول المعين بالذات ، ولا حاجة للتسليم . فلو باع شخص سيارة معينة بالذات إلى آخر ، انتقلت ملكيتها إلى المشتري قبل التسليم . ولو باعها مرة ثانية إلى مشتري آخر ، كانت الملكية للمشتري الأول ، ولكن لو سلمها البائع للمشتري الثاني انتقلت الملكية من المشتري الأول إلى المشتري الثاني بالحيازة لا بالعقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٨ من المشروع التمهيدى على وجه وجه مطابق استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠٥ في المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٠٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٨ - ص ٣٣٩) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٣٣٨/٢٦٨ : لا تنتقل ملكية المبيع المعين بنوعه فقط إلا بتسليمه للمشتري . (والتقنين المدني السابق يجعل انتقال الملكية بالتسليم ، والصحيح أن انتقال الملكية يكون بالإفراز ، وإن كان الإفراز يتم عادة عند التسليم) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٩٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٣٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقى لا مقابل .

قانون الملكية المقاربية اللبناني لا مقابل .

فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء . ٢ - فإذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه .
 جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين . بعد استئذان
 القاضي ، أو دون استئذانه في حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب
 بقيمة الشيء . من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض « . فيتم
 انتقال الملكية في المنقول الذي لم يعين إلا بنوعه بالإفراز . ولو قبل التسليم .
 فلو أن شخصاً باع إلى شخص آخر عشرين أردباً من القمح ، لم تنتقل الملكية
 إلى المشتري بمجرد البيع . ويجب إفراز كمية من القمح معادلة للمقدار
 المحدد في عقد البيع بقصد تسليمها إلى المشتري . ومن ثم يصبح المبيع شيئاً
 معيناً بالذات ، فتنتقل ملكيته بالإفراز دون حاجة إلى التسليم (١) .

١٢٨ - كسب الملكية بالعقد في العقار - وجوب الشهر - نص قانوني

تنص المادة ٩٣٤ مدني على ما يأتي :

« ١ - في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى .
 سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير ، إلا إذا روعيت
 الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري » .
 « ٢ - ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات
 التي يجب شهرها ، سواء أكانت ناقله للملكية أم غير ناقله . ويقرر الأحكام
 المتعلقة بهذا الشهر » (٢) .

(١) أنظر في تفصيل هذه المسألة ، وفي كيف يكون التنفيذ إذا امتنع البائع عن الإفراز .
 وفي نقل الملكية في الأشياء المصدرة إلى المشتري : الوسيط ٢ فقرة ٤١٩ - فقرة ٤٢٣ - ٤
 فقرة ٢٤٥ - فقرة ٢٤٨ . وانظر في أن كسب الملكية في المنقول المعين بنوعه هو سبب
 مركب من العقد وهو تصرف قانوني ومن الإفراز وهو واقعة مادية : حسن كيرة ص ٨ -
 والعقد مصحوباً بالإفراز هو الذي ينقل الملكية في المنقول المعين بالنوع ، كما أن العقد مصحوباً
 بالتسجيل هو الذي ينقل الملكية في العقار .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٩ من المشروع التمهيدى على الوجه
 الآتي : « في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك
 فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير ، إلا إذا روعيت أحكام التسجيل المبينة في المواد
 الآتية » . وقد أورد المشروع التمهيدى في المواد ١٣٧٠ إلى ١٣٨١ الأحكام الموضوعية الخاصة
 بالشهر العقاري ، على أساس أن مكانها المناسب هو التقنين المدني . وورد في المذكرة الإيضاحية
 للمشروع التمهيدى : « ووضع التسجيل في هذا المكان إذ هو مكانه الحقيقي ، فانه يشترط حتى ينقل =

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص :

« أما فى العقار فلا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، حتى فيما بين

العقد الملكية أن يسجل ، وبذلك اندمج قانون التسجيل فى التقنين المدنى بعد أن كان منفصلاً عنه : على أن هذا الاندماج محل للنظر ، فقد يحسن إبقاء قانون التسجيل منفصلاً حتى يتم إنشاء السجل العقارى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٦ هامش ١) . وقبل نظر لجنة المراجعة للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى ألفت لجنة لنظر مشروع قانون الشهر العقارى ، فرأت أن تضمن هذا المشروع الأخير جميع الأحكام الخاصة بالشهر من موضوعية وشكلية وتنظيمية . ولذلك نقلت الأحكام الموضوعية الواردة فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى إلى قانون تنظيم الشهر العقارى ، وصدر هذا القانون فعلاً وعمل به قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد . ولما عرضت المادة ١٣٦٩ من المشروع التمهيدى على لجنة المراجعة ، وافقت عليها تحت رقم ١٠٠٦ فى المشروع النهائى ، بعد تعديلها على الوجه الآتى : « فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون الشهر المتعلق بذلك » . وفى مجلس النواب أضيفت الفقرة الثانية ، فأصبح النص تحت رقم ١٠٠٣ مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا خلافاً لفظياً ضئيلاً . ووافقت لجنة مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٩٣٤ ، بعد استبدال عبارة « قانون تنظيم الشهر العقارى » بعبارة « قانون الشهر المتعلق بذلك » . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٠ - ص ٣٤٢) . وقارن الوسيط ٤ فقرة ٢٦٢ ، حيث ورد خطأ أن اللجنة التشريعية لمجلس النواب هى التى رأت جعل نظام الشهر العقارى فى قانون خاص منفصل عن التقنين المدنى ، والصحيح أن لجنة المراجعة هى التى رأت ذلك قبل اللجنة التشريعية لمجلس النواب .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن قانون التسجيل كان معمولاً به منذ أول يناير سنة ١٩٢٤ ، وقانون تنظيم الشهر العقارى منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٨٩٦ :

١ - يكتسب حق تسجيل الحقوق الفعلية العقارية بمفعول العقود . ٢ - وتطبق الأحكام الخاصة بالبيع والهبة على العقارات الأميرية وعلى الحقوق العينية العائدة لهذه المقارات . م ٨٩٧ : إن الالتزام باعطاء العقار يتضمن الالتزام بنقل ملكيته فى السجل العقارى ، وببصيانته حتى هذا النقل ، تحت طائلة دفع العطل والضرر للدائن .

م ٨٩٨ : إن الالتزام بنقل ملكية العقار فى السجل العقارى خاضع لأحكام البيع والامتيازات والتأمينات ، وكذلك للنصوص المتعلقة بالسجل العقارى . (وهذه النصوص تتفق مع أحكام السجل العيى وهو النظام المعمول به فى سورية) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٣٨ (مطابق) .

التقنين المدنى المراكشى م ١١٢٧ : العهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض =

المتعاقدين ، إلا بالتسجيل . ولكن متى تم التسجيل تعتبر الملكية منتقلة من وقت العقد لا من وقت التسجيل ، لأن سبب نقل الملكية هو العقد « (١) . والمقصود أن الملكية تنتقل ، حتى في العقار ، بالعقد . ومتى تم تسجيل العقد فإنها تنتقل من وقت العقد لا من وقت التسجيل ، على أن انتقالها لا يكون نافذاً في حق الغير إلا من وقت التسجيل « (٢) .

ويحيل النص سالف الذكر ، في انتقال ملكية العقار ، إلى قانون تنظيم الشهر العقاري . وهو القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، ويبين هذا القانون التصرفات والأحكام القضائية والسندات التي يجب شهرها ، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر .

وقد عرضنا ، عند الكلام في البيع ، إلى نظام الشهر العقاري في مصر . وبيننا أن هناك نظامين للشهر . نظام الشهر الشخصي وهو المعمول به حتى اليوم ، ونظام السجل العيني وقد صدر به أخيراً القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ ولكن لم يعمل هذا القانون حتى الآن . وقارنا بين النظامين . فرأينا أن نظام السجل العيني يعلو كثيراً على نظام الشهر الشخصي « (٣) .

إذا أغل أحد الطرفين بتمهده ، سواء اشترط التمويض في التمهد أو لم يشترط . (وهذا النص يتفق مع نظام السجل العيني « الطابو » وهو النظام المعمول به في العراق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٠٤ : يتم اكتساب الحقوق العينية وانتقالها بقيدتها في السجل العقاري . وعدا ذلك فإن حقوق الملكية وحقوق التصرف نكتسب أيضاً بالإلحاق وفقاً لأحكام الفصل الثاني من هذا الباب . وكل من يكتسب عقاراً بالإرث أو بنزع الملكية أو بحكم ، فهو مالك قبل التسجيل ، ولكن لا يكون للاكتساب مفعول إلا بعد التسجيل . م ٢٠٥ : إن مفاعيل القيود معنية بأحكام المادة ١١ من القرار رقم ١٨٨ المتعلق بالسجل العقاري - م ١١ من القرار رقم ١٨٨ (المؤرخ في ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ بشأن إنشاء السجل العقاري) : إن الصكوك الرضائية والاتفاقات التي ترمى إلى إنشاء حق عيني أو إلى نقله أو إعلانه أو تعديله أو إسقاطه لا تكون نافذة ، حتى فيما بين المتعاقدين ، إلا اعتباراً من تاريخ قيدها . ولا يمنع ذلك المتعاقدين من ممارسة حقوقهم ودعاوهم المتبادلة عند عدم تنفيذ اتفاقاتهم . وتطبق هذه الأحكام خاصة على الصكوك والاتفاقات العقارية والوقفات والحجج وتجزئة الأوقاف التي تنظم أو تصدق من قبل كتاب العدل والمحاكم الشرعية . (وهذه نصوص تتفق مع نظام السجل العيني أو العقاري وهو النظام المعمول به في لبنان) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٢٦ - وانظر الوسيط ٢ فقرة ٤١٨ .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٢٥٠ .

واستعرضنا المراحل الأربع التي مر بها في مصر انتقال الملكية في العقار حتى صدور قانون بتنظيم الشهر العقاري في سنة ١٩٤٦ (١) .

ففي المرحلة الأولى ، وهي المرحلة السابقة على التقنين المدني القديم ، لم يوجد نظام لشهر انتقال الملكية في العقار . إذ كانت الشريعة الإسلامية هي المعمول بها في ذلك العهد وهي لا تعرف نظام الشهر ، ولم يصدر أى تشريع يضع نظاما للشهر . وقد خفف من عيوب عدم وجود نظام للشهر وجود نظام آخر هو نظام المكلفات الإدارية ، وهو نظام إدارى وضع لجبي الضرائب العقارية ، ويقضى بتحرير التصرف في حجة شرعية وتسجيله في سجل خاص بكل مديرية . وذلك لإثبات كل تغيير في شخص الملتزم بالضريبة العقارية في هذه السجلات أو المكلفات . فكان هذا النظام ، الذى وضع في الأصل لتنظيم جبي الضريبة العقارية ، يستخدم في الوقت ذاته كطريق لشهر الحقوق العينية . إذ كان السجل الخاص بكل مديرية علنيا يستطيع ذوو الشأن الاطلاع عليه لمعرفة الحقوق التي ترتبت على الأراضى (٢) .

وفي المرحلة الثانية ، وهي المرحلة التي بدأت بصدور التقنين المدني القديم . أدخل المشرع المصرى نظاما لشهر الحقوق العينية اقتبسه من النظام الفرنسى الذى كان قد أدخل في فرنسا قبل ذلك بقانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ . ولا تزال نصوص هذا التقنين المدني القديم معمولاً بها في حالة المحررات التي لها تاريخ ثابت قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ . وهو تاريخ العمل بقانون التسجيل الذى سيأتى ذكره . ويقضى التقنين المدني القديم بوجه عام بأن الملكية والحقوق العينية الأخرى تنتقل فيما بين المتعاقدين

(١) وقد ذكرنا في الجزء الرابع من الوسيط (فقرة ٢٤٩) أننا نستعرض تطور نظام الشهر العقاري في كثير من الإيجاز ، على أن نفصل القول فيه عند الكلام في أسباب كسب الملكية . ولكننا رأينا بعد ذلك أن الاستعراض التاريخي الذى أوردناه في الجزء الرابع يكفى للوفاء بالحاجة . فاقصرنا هنا على مجرد الإشارة إليه إذ لا يتسع المقام لأكثر من ذلك . وآثرنا أن نركز البحث في الكلام في قانون تنظيم الشهر العقاري وهو القانون المعمول به في الوقت الحاضر ، مقارنة إياه بقانون السجل العيني وهو القانون الذى صدر أخيراً ولم يبدأ العمل به حتى اليوم .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٥٢ - فقرة ٢٥٣ .

بالعقد دون حاجة إلى تسجيل ، وبأنها لا تنتقل بالنسبة إلى الغير إلا بتسجيل العقود التي هي مصدر لها . وأهم عيوب هذا النظام أنه كان نظاما شخصيا ، يتم الشهر فيه وفقا لأسماء الأشخاص ، ويتوزع بين جهات ثلاث ، المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية . ولم تكن له حجة كاملة كالحجة التي تقرن بنظام السجل العيني ، فليس الشهر إلا تسجيلا للعقد كما هو على علته وبجميع ما ينطوي عليه من عيوب ، فلا يصحح عقدا باطلا ولا يبطل عقدا صحيحا . ولم يكن التسجيل ضروريا لنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى فيما بين المتعاقدين ، وحتى بالنسبة إلى الغير كان النظام يخرج بعض الوقائع الهامة من منطقة الشهر ، كالميراث والوصية والوقف والتصرفات الكاشفة عن الحقوق العينية كالصلح والقسمة (١) .

وفي المرحلة الثالثة ، وهي المرحلة التي بدأت بصدور قانون التسجيل في سنة ١٩٢٣ ، بقيت نصوص هذا القانون معمولا بها في شأن جميع المحررات التي تم شهرها قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ ، وهو تاريخ العمل بقانون تنظيم الشهر العقاري الذي سيأتي ذكره . وقد عالج هذا القانون بعض وجوه النقص في نظام الشهر السابق عليه . فجعل التسجيل لازما في نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى ، لا بالنسبة إلى الغير فحسب ، بل أيضا فيما بين المتعاقدين . وأضاف إلى منطقة التسجيل العقود والأحكام الكاشفة عن الحقوق العينية كالقسمة والصلح ، فأوجب تسجيلها ليجوز الاحتجاج بها على الغير . وتناول دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع في العقد ودعوى الاستحقاق ، فأوجب شهرها ، وجعل الاحتجاج على الغير بالأحكام التي تصدر في هذه الدعاوى من تاريخ شهر صحيفة الدعوى لا من تاريخ شهر الحكم فحسب . ولكن قانون التسجيل لم يقطع الطريق إلى نهايته ، بل ترك دون علاج كثيرا من عيوب نظام الشهر السابق عليه . فبقى النظام نظاما شخصيا وفقا لأسماء لا تبعا للعقار ، وبقى لا حجة له في ذاته إذ العقد يشهر على علته ، وبقيت جهات الشهر متعددة ، واقتصر التسجيل على العقود فيما بين الأحياء فلم يخضع له الميراث والوصية والوقف (٢) .

(١) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٥٤ - فقرة ٢٥٧ .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٥٨ - فقرة ٢٦١ .

وفي المرحلة الرابعة ، وهي المرحلة التي بدأت بصدور قانون تنظيم الشهر العقاري في سنة ١٩٤٦ ، لا تزال نصوص هذا القانون معمولاً بها حتى الآن ، ويخضع لها جميع المحررات الصادرة منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ ، وهو تاريخ العمل بهذا القانون . وإذ تقرر إلغاء الامتيازات الأجنبية في سنة ١٩٤٩ ، ودخلت مصر في مرحلة انتقالية مدتها اثنتا عشرة سنة من سنة ١٩٣٧ إلى سنة ١٩٤٩ ، فقد تهيأ الجو لتوحيد جهات الشهر . وقد وحدها قانون الشهر العقاري فعلاً في جهة واحدة ، هي مكاتب الشهر العقاري ومأمورياتها المنتشرة في المدن والأقاليم ، تحت إشراف مكتب رئيسي عام . وهذا هو أهم إصلاح حققه القانون الجديد ، وبه بدأت نصوصه ، وكان ذلك خطوة كبرى في طريق إدخال نظام السجل العيني . وقد ضم قانون الشهر العقاري نظام تسجيل الحقوق العينية الأصلية ونظام قيد الحقوق العينية التبعية في صعيد واحد ، فأصلح عيها وقع فيه قانون التسجيل ، إذ فصل هذا القانون نظام التسجيل عن نظام القيد الذي بقي خاضعاً لنظام التقنين المدني القديم . واستقصى قانون الشهر العقاري المحررات الواجبة إخضاعها للشهر ، فلم يترك ثغرات كتلك التي تركها قانون التسجيل ، وخضع للشهر الميراث والوصية والوقف ودعوى صحة التعاقد والدعوى البولصية كذلك خضع للشهر القرارات الإدارية الناقلة للملك ، كمراسم نزع الملكية للمنفعة العامة ومراسم تقسيم الأراضي الصادرة بناء على القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ وقرارات ردم البرك والمستنقعات والإذن بأحياء الأرض الموات . وحافظ قانون الشهر العقاري على وجوه الإصلاح التي حققها قانون التسجيل ، فجعل التسجيل في التصرفات المنشئة ضرورياً لنقل الحق العيني لا في حق الغير فحسب بل أيضاً فيما بين المتعاقدين ، وأخضع للتسجيل العقود الكاشفة ، وفرض إجراءات دقيقة للتحري عن صحة المحررات بل إنه قد سار في هذا الطريق شوطاً أبعد من قانون التسجيل . على أن هناك عيين جوهريين باقيين في نظام الشهر ، لم يستطع قانون تنظيم الشهر العقاري معالجتهما . فلا يزال النظام نظاماً شخصياً بحسب الأسماء لا بحسب العقار ، ولا يزال الشهر ليست له حجية كاملة في ذاته . وما كان قانون تنظيم الشهر

العقارى يستطيع معالجة هذين العييين ، فان العلاج الوحيد لهما هو إدخال نظام السجل العيى (١) .

وقد صدر فعلا القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بإدخال نظام السجل العيى . ولكن هذا النظام ، بالرغم من صدور قانون به ، لم يعمل به حتى اليوم . ذلك أن المادة ٢ من قانون إصداره تنص على ما يأتى : « ١ - يصدر قرار من وزير العدل بتعيين الأقسام المساحية التى يسرى عليها نظام الشهر على أساس إثبات المحررات فى السجل العيى . ويحدد القرار التاريخ الذى يبدأ فيه هذا السريان على أن يكون هذا التاريخ لا حقا لصدور القرار بمدة ستة أشهر على الأقل . ٢ - ويستمر العمل بقوانين الشهر المعمول بها فى المناطق التى لم يطبق نظام السجل العيى فيها طبقا لأحكام الفقرة السابقة » . ولما كان لم يصدر حتى الآن قرار من وزير العدل بتعيين أى قسم مساحى يسرى عليه نظام السجل العيى ، فانه لا يمكن القول إن هذا النظام قد أدخل فعلا فى مصر . وتقضى الفقرة الثانية من المادة ٢ من قانون الإصدار ، كما رأينا ، بأنه حتى يصدر قرار من وزير العدل بتعيين أقسام مساحية لإدخالها فى نظام السجل العيى يبقى قانون تنظيم الشهر العقارى معمولاً به فى كل قسم لم يدخل فى هذا النظام . ومعنى ذلك أن قانون تنظيم الشهر العقارى لا يزال هو القانون المعمول به فى جميع أنحاء البلاد دون استثناء . وتنص المادة ٣ من قانون الإصدار على أنه « فى الفترة المشار إليها فى المادة السابقة تستكمل المصلحة إعداد السجل العيى للقسم المساحى على الوجه المبين بالقانون المرافق » . وفى الفترة التى يجب أن تفصل ما بين صدور القرار الوزارى بإدخال قسم مساحى فى نظام السجل العيى وإدخال هذا النظام فعلا فيه ، تستكمل مصلحة الشهر العقارى إعداد القسم المساحى الذى صدر به القرار الوزارى ليكون

(١) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٦٢ - فقرة ٢٦٥ . وانظر فى أن العقد المسجل يرتب جميع الآثار التى يرثها العقد غير المسجل ، وفى أنه يزيد عليه فى أنه ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير : الوسيط ٤ فقرة ٢٧٨ - فقرة ٢٧٩ - وفى نقل الملكية فيما بين المتعاقدين وهل للتسجيل أثر رجعى : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠ - فقرة ٢٨٦ - وفى نقل الملكية بالنسبة إلى الغير وهل يشترط حسن النية فى المشتري الذى سجل عقده أولا : الوسيط فقرة ٢٨٧ - فقرة ٢٩٠ .

صالحا لنظام السجل العيني . ويظهر أنه لا يوجد حتى الآن قسم مساحي في مصر يمكن إعداده لنظام السجل العيني ، لعدم توافر الإمكانيات المالية والمادية . وتنص المادة ٤ من قانون الإصدار على أنه « يصدر باللائحة التنفيذية قرار من وزير العدل » . ولم يصدر حتى الآن قرار من وزير العدل بهذه اللائحة التنفيذية (١) .

ولما كان قانون تنظيم الشهر العقاري هو كما قدمنا القانون المعمول به حتى الآن في جميع أنحاء البلاد ، ويقدر أن يبقى معمولاً به زمنا طويلا حتى

(١) وهذا ماجاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون السجل العيني في تقدير هذا النظام : « ويعتبر السجل العيني ثورة في نظام الشهر ، إذ يترتب على تطبيقه تغيير جذري في أنظمة التسجيل القائمة . ومن هنا فان هذا النظام كان أمنية ينشدها كل مشغل بالقانون أو بأنظمة التسجيل . وظلت هذه الأمنية تراودهم مدة ستين عاماً منذ انعقدت أول لجنة في سنة ١٩٠٤ لتعديل نظام التسجيل في مصر . وكانت مذكرات اللجان المتعاقبة تزخر بمزايا هذا النظام مناشدة الحكومات المختلفة قبل الثورة العمل على تطبيقه ، إلى أن قدر له أن يرى النور أخيراً على يد حكومة الثورة بعد هذه الأحقاب الطويلة !

وينقسم قانون السجل العيني إلى أبواب ستة : (١) الباب الأول في أحكام عامة ، تعرف السجل العيني وتنظم مكاتبه ومأمورياته ، وتخصص سجلاً عينياً لكل قسم مساحي ، وتقرر في هذا السجل صحيفة خاصة بكل وحدة عقارية ، وتقرر أن الرسوم تخضع للقواعد المتعلقة بالرسوم الخاصة بالشهر العقاري . (٢) الباب الثاني ، ويقرر القواعد التي تتبع في إثبات الحقوق في صحائف السجل لأول مرة ، ويشكل لجنة قضائية في كل قسم مساحي تنظر في الدعاوى والطلبات التي ترفع في خلال السنة الأولى بعد العمل بالقانون لإجراء تغيير في بيانات السجل العيني . (٣) الباب الثالث ، ويبين التصرفات والحقوق الواجب قيدها في السجل ، ويقرر أن للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ، ويورد إجراءات التغيير والتصحيح في بيانات السجل ، ويرسم الإجراءات الواجبة الاتباع للقيّد في السجل . (٤) الأبواب الرابع والخامس والسادس : يقرر الباب الرابع تسليم كل مالك « سند الملكية » ، وتسليم غير الملاك من قوى الشأن بناء على طلبهم شهادات بها البيانات الخاصة بهم في السجل العيني . ويجعل الباب الخامس علامات تحديد الوحدات العقارية مملوكة للدولة ، ويوجب الإخطار برخص البناء والهدم وربط العوائد المستمدة ، كما يوجب على السلطات المختصة أن تقدم البيانات والأوراق المطلوبة . ويفرض الباب السادس عقوبة الحبس والغرامة إلى خمسمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين على من يتوصل إلى قيد محرر لسلب عقار مملوك للغير مع علمه بذلك ، كما يعاقب بغرامة من جنيه إلى عشرة جنيهات على عدم الإخطار برخص البناء والهدم وربط العوائد المستحقة أو عدم تقديم السلطات المختصة لبيانات والأوراق المطلوبة .

يتيسر إدخال نظام السجل العيني تدريجياً وعلى فترات متعاقبة بالقدر المستطاع (١) ، فاننا نتولى بحث قانون تنظيم الشهر العقاري (٢) ، مقارنين إياه بقانون السجل العيني حتى تتبين أهم الفروق ما بين القانونين (٣) . ونقسم الكلام في ذلك على مبحثين : (١) المحررات الواجب شهرها وما يترتب من أثر على الشهر . (٢) إجراءات الشهر .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون السجل العيني في هذا الصدد : « وجدير بالذكر أن نظام السجل العيني لن يطبق دفعة واحدة على كافة أنحاء الجمهورية ، بل سيجرى تطبيقه تباعاً في كل منطقة من المناطق التي يتم مسحها . فكلما تم مسح منطقة من المناطق مساحة حديثة ، أمكن تطبيق هذا النظام عليها . وسوف يراعى قبل إجراء القيد الأول في السجل فحص المستندات فحصاً دقيقاً ، ومناقشة أصحاب الحقوق ، وإجراء النشر اللازم في الصحف والجهات الرسمية وغيرها من وسائل الإعلام ، وتمكين ذوي الشأن من إبداء اعتراضاتهم أمام لجنة قضائية . وبذلك لا يقيد في السجل إلا صاحب الحق » .

(٢) وهناك مشروع لقانون تنظيم الشهر العقاري والتوثيق أعدته وزارة العدل ليحل محل قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ والقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتوثيق . وقد استهدف هذا المشروع بوجه خاص : (أ) معالجة العيوب التي أسفر عنها التطبيق العمل لهذين القانونين واستكمال أوجه النقص فيهما . (ب) وضع القواعد الكفيلة بحماية صفات الملاك وبإمكان حصر الملكيات والتشجيع على شهر المحررات العرفية . (ج) تبسيط الإجراءات . (د) إقرار ما كانت مصلحة الشهر العقاري والتوثيق تقوم به من إجراءات اقتضتها الضرورة العملية إقراراً تشريعياً . (هـ) تنسيق أحكام قانون الشهر العقاري بما يتلاءم مع أحكام قانون السجل العيني ، تمهيداً لإدخال نظام السجل العيني .

وستناول في الحاشية أهم الأحكام التي جاء بها هذا المشروع معدلاً لأحكام قانون الشهر العقاري ، وذلك في المواضع التي يعدل فيها المشروع أحكام هذا القانون .

(٣) وتلخص المذكرة الإيضاحية لقانون السجل العيني مزايا نظام السجل العيني إذا تم إدخاله في مصر ، وهي التي تمثل أهم الفروق ما بين القانونين ، فيما يأتي : « ١ - تحقيق الأمان التام لكل من يتعامل على المقاروفق البيانات الثابتة بالسجل ، إذ أنه بمجرد إثبات البيان في السجل يصبح هذا البيان مثلاً للحقيقة ونقياً من أي عيب عالق بسند الملكية بعد مضي مواعيد الطعن المنصوص عليها في المشروع أو الفصل نهائياً فيما قد يرفع من طعون . ذلك أن المشروع يأخذ بمبدأ القوة المطلقة Force probante للقيد في السجل العيني . ويمثل هذا المبدأ حجر الزاوية للنظام ، ومعناه أن كل ما هو مقيد في السجل العيني هو الحقيقة بالنسبة للغير . وبذلك يصبح من يتعامل مع من قيد كمالك للمقار في حماية من كل دعوى غير ظاهرة في السجل ، مما يقتضي أن يوثق بالدعوى التي ترفع عند البيانات المدرجة في السجل لحماية رافعها من القرينة المطلقة التي تستمد من القيد فيم - ٢ - حظر التملك بالتقادم ، كقاعدة عامة ، في مواجهة =

المبحث الأول

المحررات الواجب شهرها وما يترتب من أثر على الشهر

١٢٩ - المحررات الواجب شهرها : يمكن حصر المحررات الواجب شهرها ، وفقاً لقانون الشهر العقارى ، فيما يأتى :

== الحقوق المقيدة بالسجل . فن أثبت اسمه فى السجل كمالك للمقار يصبح فى مأمن تام من أن يفاجأ بادعاء أى مفتصب يزعم أنه تملك العقار بوضع اليد ، وهو أمر تقتضيه طبيعة القوة المطلقة للقيد فى السجل . ورعاية لوضع اليد المستقر فى ظل القانون القائم ، نص المشروع على طريقة القيد فى السجل لأول مرة بالنسبة لمن تملك العقار فعلاً بوضع اليد قبل العمل به ، كما نص على فقرة انتقال يحترم خلالها وضع يد من لم يتم مدة التقادم ، وكل ذلك على التفصيل الموضح بالمشروع - ٣ . تطبيق مبدأ المشروعية (Legalité) فى السجل العيني : ومعناه إجراء المراجعة السابقة لكافة السندات التى يجرى القيد فى السجل بمقتضاها حتى لا يقيد فى السجل إلا الحقوق المشروعة فعلاً ، وحتى لا يستفيد من الشهر الإدعاءات المشكوك فيها . ويؤدى ذلك حتماً إلى استقرار الملكية استقراراً تاماً وانعدام المنازعات أمام المحاكم فى شأنها ، مما يخفف العبء عن الأهالى وعن المحاكم بشكل ملموس - ٤ . يكفل النظام الجديد تبسيط عملية الشهر وسرعتها والتناقص فيها ، مع وضوح السجلات وسهولة إحاطة المتعاملين بمضمونها . كذلك يقضى هذا النظام على المساوئ المترتبة على تشابه الأسماء ، ويسر تحديد وعاء الضريبة العقارية بطريقة سليمة وعادلة - ٥ . ضماناً لاستقرار الملكية والحقوق العينية ، نص المشروع على عقوبة جنائية لكل من يتوصل إلى قيد محرره فى السجل لسلب عقار مملوك لغيره ، أو ترتيب حق عيني عليه ، مع علمه بذلك .

ومن البلاد التى أخذت بنظام السجل العيني أستراليا (نظام تورنس) وألمانيا وسويسرا والنمسا والسويد وأسبانيا والبرتغال وإنجلترا وملقا وسنغافورة والبرازيل وبعض الولايات الأمريكية المتحدة وجزء من كندا والعراق وسورية ولبنان وتونس ومدغشقر والكنجو والسنجال. ولكن لا يزال كثير من البلاد المتقدمة ، ومها فرنسا وبلجيكا وهولندا وإيطاليا ، يأخذ بنظام الشهر الشخصى ، إذ لم تستطع هذه البلاد حتى الآن تذليل الصعوبات التى يقتضى تذليلها إدخال نظام السجل العيني . وهذه هى بعض خصائص نظم السجل العيني فى البلاد المختلفة التى أخذت بهذه النظم ، وهى تختلف من بلد إلى آخر :

النظام الأسترالى (تورنس) : يطبق هذا النظام مبدأ القوة المطلقة للقيد بشدة أكثر مما يطبقه به أى نظام آخر . فالنظام الألمانى مثلاً يستثنى من هذا المبدأ حالة الغير سىء النية ، ولكن القوانين الأسترالية تمنع ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير ، جميع دعاوى الطعن فى حق الملكية الثابتة بالشهادة السنية ، سواء كانت دعاوى إلغاء أو رجوع أو فسخ ، ولا تستثنى إلا ثلاثة أنواع من الدعاوى : (١) دعاوى الطعن فى صحة القيد الذى تم بطريق الفسخ ، متى ==

أولاً - التصرفات المنشئة أو الناقلة أو المنهية لحق عيني عقارى أصلى ،
والأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك (م ٩ من قانون الشهر العقارى) .

== رفعت الدعوى ضد الشخص الذى تم لصاحبه القيد . (٢) دعوى تصحيح الخطأ فى التحديد .
(٣) الدعوى المرفوعة من يحمل شهادة سندية سابقة لها نفس المنزلة . وفيما عدا ذلك تكون الشهادة السندية التى يسلمها المسجل العام بمنأى عن أى طعن ، وهى فى ضمان الدولة . فاذا فرض أن صدر شهادة سندية لشخص بدون وجه حق ، فللمالك أن يرفع دعوى تمويض على الدولة . ولمواجهة هذه الدعاوى أنشأ القانون الإسترالى صندوقاً للتأمين ، يمول بواسطة رسم نسبي قدره نصف بنس لكل جنيه ($\frac{1}{10} \%$) من قيمة كل عقار يقيد . وقانون الملكية العقارية الإسترالى (نظام تورنس) هو من أحسن القوانين المعاصرة التى تنى بالمطالب النظرية والعلمية لنظام متقن للشهر ، ويدل على تفوقه تطبيقه فى عدد كبير من الدول ، منها إنجلترا وولغا وسنغافورة والبرازيل وتونس وبعض الولايات الأمريكية المتحدة وجزء من كندا .

القانون الألمانى : تنتقل ملكية العقار فى هذا القانون باتفاق بين المتصرف والمتصرف إليه (م ٨٧٣ مدنى ألمانى) ، ويستلزم ذلك حضور الطرفين أمام المكتب العقارى للتعبير عن إرادتين متقابلتين ، إحداهما بالتصرف فى الحق والأخرى بكسب الحق . وأمين المكتب ، وهو قاض يختار من بين قضاة المحكمة الابتدائية ولقراراته خصائص أحكام محكمة الدرجة الأولى ، هو الذى يعطى السند المتضمن لهذا الاتفاق . ثم يتكفل بعد ذلك بتنفاذه . بالإشراف على قيده فى السجلات العامة . والتصرف الذى لا يتم على هذه الصورة يكون باطلاً ، ولا أثر له . وتقضى المادة ٩٢٧ مدنى ألمانى بأن العقار الذى يبقى مدة ثلاثين سنة فى حيازة الغير ، يمكن تقرير سقوط حق المالك عنه عن طريق رفع دعوى . وإذا كان المالك مقيداً فى السجل ، فإن الدعوى لا تقبل إلا إذا كان قد توفى أو كان غائباً ولم يجر أى قيد بموافقة فى السجل منذ ثلاثين سنة .

القانون السويسرى : يقضى القانون السويسرى بأن كل من يكسب الملكية أو لى حق عيني آخر بحسن نية استناداً إلى قيد فى السجل العيني ، يبقى حقه قائماً . ولكن إذا تم قيد الحق دون مسوغ ، بأن أجرى دون وجه حق أو بموجب تصرف قانونى غير ملزم ، جاز لمن أضر القيد بحقه أن يدعى مباشرة ضد الغير سبب النية بعدم صحة القيد . ويحيز القانون السويسرى كسب ملكية العقار بالتقادم فى حالات ثلاث : (١) إذا قيد شخص فى السجل كمالك للعقار ، وكان ذلك للقيد قد تم بدون سبب مشروع . ويشترط فى هذه الحالة أن يستمر الشخص واضعاً يده على العقار بحسن نية وبهوى ودون انقطاع لمدة عشر سنوات . (٢) إذا وضع شخص يده كمالك على عقار مدة ثلاثين سنة ، بهوى ودون انقطاع ، بشرط أن يطلب قيده باسمه كمالك . (٣) إذا وضع شخص يده كمالك على عقار غير مبيّن مالكة فى السجل ولكنه توفى أو لطن غيبه ، على أن يستمر واضعاً يده ثلاثين سنة . ويشترط فى هذه الحالة تمام قيد العقار باسم واضح اليد صبور أمر من القاضى ، وعدم حصول اعتراض على ذلك فى خلال المدة التى تحددها المحكمة . أو رفض الاعتراضات التى قست .

ثانياً - التصرفات والأحكام النهائية الكاشفة عن حق عيني أصلي (م ١٠ من قانون الشهر العقاري) .

ثالثاً - حق الإرث ومصدره واقعة مادية هي وفاة المورث ، والمحركات المثبتة لدين عادي على المورث (م ١٣ - ١٤ من قانون الشهر العقاري) .
رابعاً - دعاوى الطعن في التصرف واجب الشهر ودعاوى استحقاق حق عيني عقارى أصلي ودعاوى صحة التعاقد (م ١٥ - ١٨ من قانون الشهر العقاري) .

خامساً - التصرفات والأحكام المتعلقة بالحقوق العينية التبعية (م ١٢ وم ١٩ من قانون الشهر العقاري) .

سادساً - بعض التصرفات المتعلقة بحقوق شخصية : الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات ، والمخالصات والحوالات بأكثر من أجره ثلاث سنوات مقدما (م ١١ من قانون الشهر العقاري) .
ونستبعد من بحثنا هذا :

أولاً - حق الإرث والمحركات المثبتة لدين على المورث ، فقد سبق أن بحثنا شهر حق الإرث وفقاً لقانون الشهر العقاري^(١) . ووفقاً لقانون السجل العيني^(٢) . كما بحثنا شهر الديون التي على المورث^(٣) .

القانون السوري : أورد المشرع السوري استثناءات على انقوة المصلحة للقيد :
(١) لا يجوز للغير الذي يكسب حقاً على العقار أن يحتج بالقيد ، إذا كان وقت كسبه الحق علماً بأسباب فساد التصرف أو بطلانه . (٢) لصاحب الحق الحقيقي المتضرر أن يرفع دعوى تعويض ضد الشخص الذي قيد العقار باسمه وكان عايداً بأنه لا حق له فيه . (٣) إذا أجرى القيد نتيجة خطأ أو إهمال من الموظفين المخصين ، جاز لمن أصابه ضرر بسبب ذلك أن يرفع دعوى تعويض ضد الدولة وفقاً لقواعد المسؤولية الإدارية - ولا يسرى التقادم المكسب في مواجهة المالك المقيّد حقه في السجل .

القانون العراقي : يجوز الحكم بخلاف مضمون سند الطابو إذا ثبتت دعوى لاستحقاق ، فيصدر حكم بإبطال سند الطابو الذي بيد المدعى عليه وتصحيح قيد الطابو باسم المستحق وإعطائه سنداً جديداً . والأصل أن التقادم لا يسرى في مواجهة المالك المقيّد ، ومع ذلك يجوز لواضع اليد على العقار أن يكسب ملكيته بطريق التقادم إذا تمكن من قيده باسمه وكان يستند في وضع يده إلى سبب صحيح كالإرث والوصية والبيع ، على أن تبدأ مدة التقادم اعتباراً من تاريخ القيد .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٨ - فقرة ٧٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٧١ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٤ - فقرة ٣٩ .

ثانيا - التصرفات والأحكام المتعلقة بالحقوق العينية التبعية ، إذ أن بحثها يكون عند الكلام في التأمينات العينية في الجزء العاشر من الوسيط .

ثالثا - بعض التصرفات المتعلقة بحقوق شخصية ، أى الإيجارات إذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالفات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما ، فهذه قد سبق بحثها عند الكلام في عقد الإيجار في الجزء السادس من الوسيط .

ويبقى إذن للبحث هنا :

أولا - التصرفات والأحكام المتعلقة بإنشاء حق عيني عقارى أصلى أو نقله أو تغييره أو زواله .

ثانيا - التصرفات والأحكام الكاشفة عن حق عيني أصلى .

ثالثا - الدعاوى الخاضعة للشهر .

المطلب الأول

التصرفات والأحكام المتعلقة بإنشاء حق عيني عقارى أصلى أو نقله أو تغييره أو زواله

§ ١ - التصرفات والأحكام الواجبة الشهر

١٣٠ - العقود الواجبة الشهر : تنص الفقرة الأولى من المادة ٩ من قانون الشهر العقارى على أن « جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب شهرها بطريق التسجيل ، ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية » (١) . وينحصر هذا النص للتسجيل ، لا العقود فحسب ، بل أيضا التصرفات الصادرة من جانب واحد ، وكذلك الأحكام النهائية .

فالعقود الواجبة التسجيل بموجب هذا النص هى :

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (م ١/٧ من المشروع) .

ويطابق النص فى قانون السجل العيني المادة ٢٦ / ١ من هذا القانون .

(١) العقود المنشئة لحق عيني عقارى أصلى . مثل ذلك عقد ينشئ حق انتفاع أو حق استعمال على عقار ، أو حق سكنى ، أو حق ارتفاق ، أو حق حكر . أما حق الملكية فلا ينشئ العقد ، لأن الإنشاء معناه الإيجاد ، والملكية لا توجد ابتداء إلا بالاستيلاء . والاستيلاء ليس بعقد ولا هو يتصرف قانونى ، وإنما هو واقعة مختلطة ، اختلطت فيه الحيابة المادية وهى عنصر مادى بإرادة المستوفى فى أن يتملك فى الحال وهى عنصر ارادى ، ولكن العنصر المادى هو المتغلب ، ومن ثم ألحق الاستيلاء بالوقائع المادية (١) . وعلى ذلك لا يعتبر الاستيلاء تصرفا قانونيا ، ولا يكون واجب التسجيل .

(٢) العقود الناقلة لحق عيني عقارى أصلى . وعلى رأس هذه الحقوق العينية انعقارية الأصلية التى ينقلها العقد حق الملكية فى العقار ، وعلى رأس العقود الناقلة للملكية عقد البيع . ومن ثم كان عقد بيع العقار هو الذى يؤخذ عادة نموذجا للعقود واجبة التسجيل ، وما يسرى عليه فى هذا الشأن يسرى على سائر العقود الناقلة للملكية وللحقوق العينية انعقارية الأصلية الأخرى . ومن العقود الناقلة لحق الملكية فى العقار ، إلى جانب البيع ، ومن ثم يجب تسجيلها ، المقايضة فى العقار ، والوفاء بمقابل إذا كان هذا المقابل عقارا . وهبة العقار ، والشركة إذا قدم الشريك عقارا حصة له فى الشركة . وقد ينقل العقد حقا عينيا عقاريا أصليا آخر غير حق الملكية ، فيجب تسجيله . من ذلك أن يبيع المستفيع حق انتفاعه فى العقار ، أو يهب هذا الحق ، أو يقدمه حصة فى شركة ، أو يقدمه مقابلا لوفاء دين . وما يقال عن حق الانتفاع يقال عن حق الارتفاق . فيبيع مالك العقار حق ارتفاق مقررًا لمصلحة عقاره تبعا لبيع هذا العقار ، أو يهب هذا الحق مع العقار ، أو يقدمه مع العقار حصة فى شركة ، أو يقدمه مع العقار مقابلا لوفاء دين .

(٣) العقود المغيرة لحق عيني عقارى أصلى . ويمكن التمثيل لعقد مغير لحق الملكية على عقار ، بعقد يجعل هذه الملكية قابلة للتصرف فيها بعد أن كانت مقترنة بالشرط المانع من التصرف ، وبالعقد ملكية الأسرة . كذلك

(١) أنظر آفاقرة ١ .

يمكن التمثيل لعقد مغير لحق الانتفاع على عقار لمدة معينة ، بعقد يطيل هذه المدة أو ينقص منها . ويمكن التمثيل أيضا لعقد مغير لحق الارتفاق ، بعقد يزيد في مدى هذا الحق أو ينقص من مداه . فهذه العقود جميعا عقود مغيرة لحق عيني عقارى أصلى ، ومن ثم تكون واجبة التسجيل .

(٤) العقود المزيلة أو المنهية لحق عيني عقارى أصلى . مثل ذلك عقد ينهى حق الانتفاع في عقار قبل انقضاء مدته ، أو عقد ينهى حق الاستعمال في عقار أو حق السكنى قبل انقضاء مدة الحق وكان كل من الحقين معقودا لمدة معينة ، أو عقد ينهى حق ارتفاق ولم تكن له مدة محددة . هذه العقود جميعا عقود مزيلة لحق عيني عقارى أصلى ، ومن ثم تكون واجبة التسجيل . ويلاحظ أن حق الملكية حق أبدى ، فلا يزول ما دام الشيء المملوك باقيا ، ومن ثم لا يتصور إبرام عقد ينهى حق الملكية .

١٣١ - التصرفات الصادرة من جانب واحد الواجبة الشهر : ولم يقتصر قانون الشهر العقارى ، في الإخضاع للتسجيل ، على العقود كما اقتصر قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، بل جاوز العقود إلى التصرفات الصادرة من جانب واحد . وقد قصد بذلك أن يعالج عيبا في قانون التسجيل كان ملحوظا ، إذ أدخل في حظيرة التسجيل تصرفين قانونيين صادرين من جانب واحد لم يكونا داخلين من قبل . وقد نص عليهما صراحة ، وهما الوقف والوصية ، في المادة ١/٩ منه كما رأينا . وكانا يدخلان دون نص في عموم لفظ « التصرفات » ، ولكن المشرع أراد أن يؤكد وجوب تسجيلهما بالنص الصريح . وكذلك يدخل في عموم لفظ « التصرفات » إنشاء المؤسسة ، والتصرفات الإدارية التي من شأنها إنشاء حق عيني أصلى أو نقله . فيخضع إذن للتسجيل التصرفات الآتية :

(١) الوقف : وهو تصرف قانونى صادر من جانب واحد هو الواقف ، ومن شأنه أن يغير من ملكية العقار الموقوف ، ويجعل هذا العقار غير مملوك لأحد من العباد ، وينشئ حقوقا عينية فيه للمستحقين ، ويجعله خاضعا لنظام خاص تقرر الشريعة الإسلامية قواعده في كثير من التفصيل . وقد كان الوقف لا يسجل إلا في المحاكم الشرعية قبل نفاذ قانون الشهر العقارى ،

ومنذ نفاذ هذا القانون أصبح واجب التسجيل في مكاتب الشهر العقارى لأنه يدخل في عموم التصرفات الواقعة على عقار ، وبصريح النص كما سبق القول . وقد قلت أهمية الوقف بعد إلغاء الوقف الأهلى ، ولم يبق الآن إلا الوقف الخيرى وهو واجب التسجيل في مكاتب الشهر العقارى .

(٢) الوصية : وهى تصرف قانونى صادر من جانب واحد هو الموصى ، فاذا وقعت على عقار نقلت ملكية هذا العقار من الموصى إلى الموصى له بعد موت الموصى . وقد كان قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ يخرج الوصية بالعقار من منطقة التسجيل ، لأن هذا القانون كان لا يخضع للتسجيل إلا العقود فيما بين الأحياء ، والوصية ليست بعقد ، وهى فوق ذلك تكسب الملكية بسبب الوفاة . فعالج قانون الشهر العقارى هذا العيب ، واستعمل لفظ « التصرفات » بدلا من عبارة « العقود فيما بين الأحياء » ، فدخلت الوصية فى عموم لفظ التصرفات ، إلى جانب النص عليها صراحة كما سبق القول . ومن ثم يجب تسجيل الوصية إذا وقعت على عقار ، وقد بسطنا فيما تقدم كيف يتم شهر الوصية طبقا لقانون الشهر العقارى وطبقا لقانون السجل العيى (١) .

(٣) إنشاء المؤسسة : وتنص المادة ٦٩ مدنى على أن « المؤسسة شخص اعتبارى ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة ، لعمل ذى صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية أو لأى عمل آخر من أعمال البر أو النفع العام ، دون قصد إلى أى ربح مادى » . وتنص المادة ١/٧٠ مدنى على أن « يكون إنشاء المؤسسة بسند رسمى أو بوصية » . ويتبين من هذه النصوص أن إنشاء المؤسسة تصرف قانونى صادر من جانب واحد ، ينقل ملكية المال من مالكه منشئ المؤسسة إلى المؤسسة ذاتها وهى شخص اعتبارى . فاذا كان المال عقارا ، كان إنشاء المؤسسة تصرفا قانونيا ناقلا للملكية ، ومن ثم يدخل فى عموم « التصرفات » الناقلة للملكية ، ويكون واجب التسجيل . ويستوى فى ذلك أن يكون إنشاء المؤسسة بسند رسمى فى حال الحياة لما قدمناه ،

(١) أنظر أننا فقرة ٨٥ - فقرة ٨٨ .

أو يكون بوصية لما قدمناه ولأن الوصية بعقار يجب تسجيلها كما سبق القول .

(٤) التصرفات الإدارية : ونذكر من هذه التصرفات قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة وقرارات تقسيم الأراضي وقرارات ردم البرك والمستنقعات وقرارات طرح البحر وأكله (١) .

ففيما يتعلق بقرارات نزع الملكية ، رأينا (٢) أن القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ يقضى بوجوب اتباع إجراءات معينة كترع ملكية العقار للمنفعة العامة أو للتحسين . فيصدر قرار من الوزير المختص ببيان المشروع المطلوب إعتبره من أعمال المنفعة العامة أو من أعمال التحسين ، وتخصر العقارات المطلوب نزع ملكيتها ، وتعد المصلحة القائمة بنزع الملكية كشوفا من واقع عملية الحصر تبين فيها العقارات التي تم حصرها ، وتعرض هذه الكشوف ، فإذا لم تقدم اعتراضات عليها أصبحت نهائية ، ويوقع أصحاب هذه العقارات نماذج خاصة بنقل ملكيتها للمنفعة العامة . أما إذا قدمت اعتراضات ، أو تعذر لأي سبب آخر الحصول على توقيع أصحاب الحقوق على النماذج الخاصة بنقل الملكية ، أصدر الوزير المختص قرارا بنزع ملكية العقارات . وتودع النماذج أو القرار الوزاري الصادر بنزع الملكية في مكتب الشهر العقاري . ويترتب على هذا الإيداع بالنسبة إلى العقارات الواردة فيها جميع

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الشهر في خصوص هذه التصرفات الإدارية أنها التصرفات التي تتناول حقوقا عينية عقارية كتراسيم نزع الملكية والإذن الذي تعطيه الحكومة في إحياء الأرض الموات وقرارات وزير المالية بتوزيع طرح البحر عملا بأحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ . وفي خصوص الإذن الذي تعطيه الحكومة في إحياء الأرض الموات كان القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ الخاص بتملك الأراضي الصحراوية يقضى بحظر تملك هذه الأراضي (إلا في مناطق معينة لا يشملها الحظر تحدد بقرار وزير الحربية) إلا بإذن يصدر من وزير الحربية . وهذا الإذن كان واجب التسجيل . ثم ألغى القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، ويقضى هذا القانون الأخير بأن تكون الأراضي الصحراوية ملكا خاصا للدولة ، ويتملكها الأفراد لاستصلاحها بطريق الشراء ممارسة من الدولة (أنظر آنف فقره ١٨) . وبديهي أن عقد البيع الصادر من الدولة بتمليك أحد الأفراد أرضا صحراوية يجب تسجيله ، شأنه في ذلك شأن عقود البيع .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقره ٣٩٠ .

الآثار المترتبة على شهر عقد البيع ، فتنقل العقارات من ملكية أصحابها الخاصة إلى الملكية العامة . ونرى من ذلك أن القرار الوزاري الصادر بتزاع الملكية ، وهو قرار إداري ناقل للملكية ، يجب شهره بطريق إيداعه في مكتب الشهر العقاري .

وفيما يتعلق بقرارات تقسيم الأراضي ، يقضى القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ الخاص بتقسيم الأراضي المعدة للبناء بأن يقدم صاحب الأرض المراد تقسيمها مشروعا بالتقسيم ، يترك فيه المسافات اللازمة للشوارع والميادين والحدائق والمنتزهات ، ويصدر بهذا المشروع مرسوم (قرار جمهوري) ينشر في الجريدة الرسمية . ويجب تسجيل قرار التقسيم في مكتب الشهر العقاري ، وعمر بمراحل الشهر التمهيدي ، وترفق به خريطة يبين فيها التقسيم وما يتضمنه من منافع ، ويودع معه صورة من قائمة شروط بيع أجزاء الأرض المقسمة . ولا تعتبر الشوارع والميادين والمرافق الأخرى داخلة في أملاك الدولة العامة إلا من تاريخ تسجيل قرار التقسيم . وهنا نرى أيضا قرارا إداريا ، وهو القرار الصادر بمشروع التقسيم ، واجب التسجيل ، لأنه ينقل ملكية أجزاء من الأرض المقسمة - الميادين والشوارع والمرافق الأخرى - إلى أملاك الدولة العامة .

وفيما يتعلق بقرارات ردم البرك والمستنقعات ، خول القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٤٦ الخاص بردم البرك والمستنقعات ومنع إحداث الحفر وزارة الصحة والمجالس البلدية والإقليمية الحق في استصدار قرارات بتزاع ملكية البرك والمستنقعات لتباشر ردمها أو تجفيفها ، وهذه القرارات بتزاع الملكية ، وهي قرارات إدارية ، خاضعة للشهر بطريق التسجيل . وقد أجاز القانون المذكور للمالك المتزوعة ملكيته استرداد هذه الملكية ، في مقابل الوفاء بتكاليف الردم أو التجفيف ورد الثمن الذي يكون قد قبضه ، ويسقط هذا الحق إذا لم يستعمل في ميعاد لا يجاوز سنة من تاريخ إتمام الردم أو التجفيف . ويتم الاسترداد إما بعقد أو بقرار وزاري ، ويجب شهر العقد أو القرار الوزاري بطريق التسجيل دون رسم نسبي حتى ترد الملكية لصاحبها السابق .

وفيما يتعلق بقرارات طرح النهر . كان القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ يقضى بتوزيع الطرح على مستحقيه من أصحاب أكل النهر على مقتضى قواعد معينة . ويكون التوزيع بقرار يصدره وزير المالية والاقتصاد ، ولهذا القرار الإداري قوة الورقة الرسمية . ويجب تسجيله دون رسم نسبي ، ويؤشر به بعد تسجيله في تكليف المالك الذي يصدر القرار لصالحه . وقد قدمنا (١) أن هذا القانون قد ألغاه القانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٧ ، ثم ألغى هذا القانون بالقانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ . وقد ألغى هذا القانون الأخير بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . ومنذ صدور قانون سنة ١٩٥٧ استحدثت قاعدة جديدة هي تعويض أصحاب الأكل تعويضا نقديا لا تعويضا عينيا ، ويبيع طرح النهر لصغار المزارعين على الوجه المبين في القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ (٢) . وبموجب هذا القانون الأخير المعمول به الآن تتولى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي حصر مقدار طرح النهر وأكله في كل سنة ، ويصدر قرار من وزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي أو من ينوبه بتحديد تاريخ حدوث طرح النهر وأكله وحصر مقداره سنويا . ويودع هذا القرار في مكتب الشهر العقاري المختص بغير رسوم . ويترتب على هذا الإيداع آثار الشهر القانونية .

١٣٢ - الأقسام المنشئة بواسطة الشهر : رأينا (٣) أن المادة ١/٩ من

قانون الشهر العقاري توجب تسجيل « الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك » . أي لشيء من « التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله » . وإذا فهمنا النص على هذا النحو . كانت الأحكام المثبتة لتصرف من التصرفات المشار إليها هي الأحكام الصادرة في دعاوى صحة التعاقد (٤) . فالأحكام المثبتة للعقود

(١) أنظر آنفا فقرة ٩٥ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٩٥ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ١٣٠ .

(٤) أنظر في هذا المعنى حامد فهمي في بحثه في نظرية التصرفات الإقرارية والإنشائية في مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى (ص ٧ - ص ٦٣) فقرة ٣٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٨١ .

المنشئة لحق عيني عقارى أصلى ، كإنشاء حق انتفاع أو استعمال على عقار أو إنشاء حق سكنى أو حق ارتفاق أو حق حكر ، هى الأحكام الصادرة فى دعاوى إثبات صحة التعاقد المتعلق بإنشاء هذه الحقوق . والأحكام المثبتة للعقود الناقلة لحق عيني عقارى أصلى ، كنقل حق الملكية أو حق الانتفاع ، هى الأحكام الصادرة فى دعاوى إثبات صحة التعاقد المتعلق بنقل هذه الحقوق ، وعلى رأسها دعوى إثبات صحة التعاقد فى بيع العقار وهى الدعوى التى تقصد عادة إذا أطلقت عبارة « دعوى صحة التعاقد » . وكذلك قل عن الأحكام المثبتة للعقود المغيرة لحق عيني عقارى أصلى ، والأحكام المثبتة للعقود المزيلة أو المنهية لحق عيني عقارى أصلى (١) . ومن ثم تكون كل هذه الأحكام النهائية واجبة التسجيل بموجب نص المادة ١/٩ من قانون الشهر العقارى .

ولكن قد يعترض على هذا الفهم بأن قانون الشهر العقارى قد خص « دعاوى صحة التعاقد » بالذكر ، ولم يذكرها فى المادة ١/٩ منه ، بل ذكرها فى المادة ٢/١٥ ضمن الدعاوى الواجبة التسجيل . وهذا الاعتراض لا يؤثر فى وجوب شهر الأحكام النهائية الصادرة فى دعاوى صحة التعاقد ، وإنما تكون هذه الأحكام واجبة الشهر . وجب المادتين ١٥ و ١٦ من قانون الشهر العقارى لا بموجب المادة ١/٩ من هذا القانون ، ولكنها تكون واجبة الشهر على كل حال . ويبقى بعد ذلك ، إذا اعتدنا بهذا الاعتراض ، أن نحدد ماهى الأحكام النهائية الواجبة التسجيل بموجب المادة ١/٩ من قانون الشهر العقارى . ولما كانت هذه المادة مأخوذة من المادة الأولى من قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ ، فإن الرجوع إلى المادة الأولى سالفة الذكر ، وهى تقول « الأحكام النهائية التى يترتب عليها شىء من ذلك » ، يبين أن المقصود هو الأحكام النهائية التى يترتب عليها إنشاء حق عيني عقارى أو نقله أو تغييره أو زواله . ولا يوجد حكم ينشئ حقا عينيا عقاريا أو غيره أو يزيله ، لأن الأحكام هى فى الأصل مقررة للحقوق لا منشئة ولا مغيرة

(١) أنظر آنفا فقرة ١٣٠ .

ولا مزيلة . ولكن توجد أحكام تنقل حق الملكية ، فهي من ناحية تعتبر أحكاما منشئة لا أحكاما مقررة . ومن هذه الأحكام أحكام مرسى المزاد ، ومنها أيضا الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة على الرأى الذى أخذت به محكمة النقض .

فأحكام مرسى المزاد فى العقار تصدر عقب انتهاء المزايدة لأول مرة ، أو عقب زيادة العشر ، أو عند إعادة البيع على مسئولية المشتري المتخلف ، وذلك طبقا للإجراءات التى رسمها تقنين المرافعات . وفى جميع الأحوال يصدر حكم مرسى المزاد بديباجة الأحكام ، ويشتمل منطوقه على أمر للمدين أو للحائز بتسليم العقار للراسى عليه المزاد (م ٦٨٥ مرافعات) . ويقوم قلم الكتاب بالنيابة عن ذوى الشأن بطلب تسجيل حكم مرسى المزاد خلال ثلاثة الأيام التالية لصدوره ، ويكون الحكم المسجل سندا بملكية من رسا عليه المزاد (م ٦٨٧ مرافعات) . ومع ذلك لا يكون حكم مرسى المزاد ناقلا للملكية ، ولكنه يعتبر كاشفا عنها ، فى حالتين : (١) إذا بيع العقار الشائع لعدم إمكان قسمته ورسا المزاد على أحد الشركاء ، فإن رسو المزاد هنا يعتبر قسمة لا بيعا فيكون كاشفا عن الملكية لا ناقلا لها ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى القسمة فى الجزء الثامن من الوسيط . ويجب على كل حال تسجيل الحكم بمرسى المزاد هنا ، ولكن التسجيل يكون بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى لا بموجب المادة ٩/١ من هذا القانون . (٢) إذا رسا مزاد العقار المرهون على الحائز لهذا العقار ، فإن الحائز الذى رسا عليه المزاد فى هذه الحالة يكون مالكا للعقار بموجب سند ملكيته الأصيل ، ويكون حكم مرسى المزاد كاشفا عن هذه الملكية لا ناقلا لها . وتنص المادة ١٠٧٥ مدنى فى هذا المعنى على أنه « إذا تزعت ملكية العقار المرهون ، ولو كان ذلك بعد اتخاذ إجراءات التطهير أو التخلية ، ورسا المزاد على الحائز نفسه ، اعتبر هذا مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصيل ، ويتطهر العقار من كل حق مقيد إذا دفع الحائز الثمن الذى رسا به المزاد أو أودعه خزانة المحكمة » . وهذا لا يعنى حكم مرسى المزاد فى هذه الحالة من الشهر ، ولكن الشهر يكون بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى ،

لا بموجب المادة ١/٩ من هذا القانون . والشهر هذا لا يكون بالتسجيل ، وإنما يكون بالتأشير بحكم مرسى المزاد فى هامش تسجيل السند الذى تملك الحائز بموجبه العقار أصلاً وفى هامش تسجيل إنذار الحائز . وتنص المادة ٦٨٨ مرافعات فى هذا المعنى على أنه « إذا رسا مزاد العقار على الحائز ، لا يكون تسجيل حكم مرسى المزاد واجباً ، ويؤثر بالحكم فى هامش تسجيل السند الذى تملك بمقتضاه العقار أصلاً ، وفى هامش تسجيل إنذار الحائز » .

أما الحكم الذى يصدر بثبوت الشفعة ، فقد نصت المادة ٩٤٤ مدنى فى خصوصه على ما يأتى : « الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » (١) . وليس هناك شك فى أن الحكم النهائى بثبوت الشفعة يجب تسجيله حتى تنتقل الملكية من البائع إلى الشفيع ، ولكن يقوم الشك فى تحديد وقت انتقال الملكية ، وفيما إذا كان هذا الحكم بثبوت الشفعة ناقلاً للملك أو كاشفاً عنه . وسنعرض لهذه المسألة عند الكلام فى الشفعة (٢) ، ويكفى هنا أن نقرر أن الرأى الذى استقر فى القضاء هو أن الحكم بثبوت الشفعة هو حكم ناقل للملك ، ومن ثم يجب تسجيله طبقاً لأحكام المادة ١/٩ من قانون الشهر العقارى (٣) .

(١) وكذلك يجب تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة حتى يكون حجة على الغير ، بصريح نص المادة ١/٩٤٢ مدنى إذ تقول : « ... ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل » .

(٢) أنظر مايل فقرة ٢٢٦ - فقرة ٢٣١ .

(٣) محكمة الاستئناف فى دوائرها المجتمعة ٢٩ مارس سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٢٠٠ ص ٢٦٦ - نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٠ - ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٧ ص ٢٥١ .

وسرى عند الكلام فى الشفعة أنها سبب من أسباب كسب الملكية ، ففى توافرت شروط الأخذ بالشفعة وأعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بها ، فقد حل محل المشتري فى البيع الصادر من البائع وأصبح هذا البيع صادراً له مباشرة ، فنتقل إليه الملكية بحلوله محل المشتري وتسجيل الحكم بثبوت الشفعة . فالحكم بثبوت الشفعة فى ذاته ليس إذن ناقلاً للملك فى رأينا ، بل هو كاشف عن ثبوت الحق فى الشفعة . فتسجيله لا يمكن أن يكون على اعتباره أنه حكم ناقل كما تذهب محكمة النقض . ولا يمكن أن يكون على اعتباره أنه حكم بتصرف . ناقلاً كان هذا التصرف أو كاشفاً =

§ ٢ - ما يترتب على الشهر من أثر

أولاً - التصرف أو الحكم قبل أنه شهر :

١٣٣ - في قانون الشهر العقاري : تنص الفقرتان ٣ و ٢ من المادة ٩ من قانون الشهر العقاري على ما يأتي : « ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن » (١) . ويفهم من هذا النص

= لأنه لا يقضى بحصول تصرف ما ، وإنما يقضى بحصول واقعة الشفعة وهي واقعة مركبة وليست تصرفاً محضاً كما سبق القول . وفي رأينا أنه كان يحسن إفراد نص خاص في قانون الشهر العقاري يقضى بوجوب تسجيل الحكم بالشفعة حتى تنتقل الملكية للشفيع ، فيكون هذا النص هو الذى تشير إليه المادة ٩٤٤ مدنى إذ تقول كما رأينا : « الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . وقد ورد هذا النص الخاص فعلاً في قانون السجل العيى ، إذ تنص المادة ٣٦ من هذا القانون على أنه « يجب التأشير بإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة فى صحف الوحدات العقارية ، ويترتب على ذلك أنه إذا تقرر حق الشفيع بحكم قيد فى السجل أن يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ التأشير المذكور » .

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق (م ١/٧ من المشروع) . وأضيف فى آخره فقرة جديدة تجرى على الوجه الآتى : « ويجوز لمن حصل مع آخرين على حكم نهائى مثبت لحق من هذه الحقوق أن يطلب قصر الشهر على القدر الذى قضى له به . كما يجوز له قصر الشهر على العقارات المقضى له بها فى جهة معينة » . فإذا صدر حكم نهائى يثبت لشخص ملكية عقارات متعددة ، أو يثبت له مع آخرين ملكية عقار ، فإنه يستطيع ، عند تسجيل هذا الحكم ، أن يقصر التسجيل على العقارات المقضى له بها فى جهة دون أخرى فيجزئ بذلك العقارات المقضى له بها ، أو يقصر التسجيل على القدر الذى قضى له به دون القدر الذى قضى به لآخرين معه فيجزئ بذلك الحكم الذى قضى لمصلحته ولمصلحة آخرين معه . والظاهر أن الغرض من هذه التجزئة هو التيسير على أصحاب الشأن ، حتى لا يلزموا بدفع رسوم الشهر كاملة عن جميع العقارات المقضى بها أو عن جميع العقار المقضى به لأشخاص متعددين . وهذا مماثل لما قضى به المشروع (وقانون الشهر العقاري الحالى) من جواز قصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة ، وما قضى به المشروع من قصر شهر الحكم النهائى بالقسمة أو بصحة التعاقد عليها على حصة أحد الشركاء كما سيجىء .

أن التصرف أو الحكم غير المسجل لا ينشئ ولا ينقل ولا يغير ولا يزيل الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية الأصلية الأخرى ، لا بالنسبة إلى الغير وليس في هذا جديد فقد كانت هذه هي القاعدة في التقنين المدني السابق ، ولا بين ذوى الشأن وهذا هو الجديد فقد كان التصرف أو الحكم غير المسجل في عهد التقنين المدني السابق ينشئ أو ينقل أو يغير أو يزيل الحق العيني فيما بين ذوى الشأن . فتجريد التصرف أو الحكم غير المسجل من هذا الأثر فيما بين ذوى الشأن كان السياسة التشريعية المرسومة لكل من قانون التسجيل وقانون الشهر العقارى ، بقصد تقوية أثر التسجيل وحمل الناس على المبادرة إلى تسجيل عقودهم . وتوخيا للإيجاز ، نمثل للتصرف أو الحكم الذى من شأنه أن ينشئ أو ينقل أو يغير أو يزيل الحقوق العينية العقارية الأصلية ، بعقد البيع الذى من شأنه أن ينقل ملكية العقار . فتقتصر من التصرفات والأحكام فى عمومها على عقد البيع ، ونقتصر من الآثار على النقل دون الإنشاء والتغيير والإزالة ، ونقتصر من الحقوق العينية العقارية الأصلية على حق الملكية دون الحقوق العينية الأخرى . وذلك لأن عقد البيع الذى من شأنه أن ينقل ملكية العقار هو التصرف الذى يغلب وقوعه فى العمل ، ولأن الأحكام التى تسرى على عقد البيع فيما نحن بشأنه تسرى على جميع التصرفات الأخرى والأحكام التى من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تغير أو تزيل الحقوق العينية العقارية الأصلية .

فالبيع غير المسجل إذن لا ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير ، ولا حتى فيما بين المتعاقدين . ويترتب على ذلك أن المشتري لا يصبح مالكا للعقار المبيع ما دام البيع لم يسجل (١) ، فلا يستطيع أن يرفع على البائع دعوى

= هذا ويمثل قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ قانون الشهر العقارى فيما سنورد من أحكام . وانظر فى أن الملكية فى التقنين المدني السابق تنتقل فيما بين المتعاقدين دون حاجة إلى تسجيل العقد وفى تفضيل المشتري من المورث على المشتري من الوارث : الوسيط ٤ ، فقرة ٢٦٨ ، وفى أن الملكية لا تنتقل إلى الغير إلا بالتسجيل : الوسيط ٤ ، فقرة ٢٦٩ .

(١) وعلى ذلك إذا رهن المشتري ، قبل أن يسجل عقد البيع ، العقار المبيع ، فإن الرهن يكون صادراً من غير مالك . وإذا فسخ البائع البيع لعدم استيفائه الثمن مثلاً ، فإنه يسترده من المشتري خالياً من حق الرهن (محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨٥) .

استحقاق يطالب فيها بتثبيت ملكيته على العقار المبيع ، وان كان يستطيع كما سنرى أن يرفع دعوى بصحة التعاقد أو دعوى بصحة التوقيع . ويبقى البائع ما لكا للعقار المبيع (١) ، ولكنه مع ذلك يلتزم بتسليمه للمشتري ، وإذا سلمه لم يستطع استرداده بالرغم من أنه لا يزال مالكا له لأنه ضامن لاستحقاقه . ويجرى هذا الحكم على وارث البائع ، فلا يجوز له أن يمنع عن تسليم المبيع إلى المشتري أو أن يسترده منه بعد أن سلمه إياه . ولكن إذا باع وارث البائع العقار لمشتري آخر ، فإنه يكون قد باع ما يملك لأن ملكية العقار تكون قد انتقلت إليه من مورثه ، فإذا سجل وارث البائع حق الإرث وسجل المشتري منه عقد شرائه . فضل المشتري من وارث البائع على المشتري من المورث نفسه إذا سبق الأول الثانى فى التسجيل (٢) .

(١) ويترتب على ذلك أن دائن البائع يستطيع التنفيذ على العقار المبيع الذى لا يزال ملوكا لمدينه ، ويستطيع أن يأخذ عليه حق اختصاص ، بل ويستطيع أن يجعل البيع غير نافذ فى حقه إذا هو سجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشتري البيع (أنظر م ٦١٦ مرافعات) . وانظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨٨ .

ويترتب على ذلك أيضا أن الملكية لا تنتقل إلى المشتري الذى لم يسجل عقده ، فلا يستطيع هذا المشتري أن ينقل الملكية إلى مشتري منه . وقد قضت محكمة النقض بأن حق ملكية العقار لا تنتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل ، فلا تنتقل الملكية لمشتري لم يسجل عقد البيع الصادر إليه . ومن ثم لا يكون لهذا المشتري أن ينقل الملكية لمن اشترى منه ، لأنها لا تؤول إليه هو إلا بتسجيل عقده . ولذلك فقد أورد المشرع بالمادة ٢٣ من قانون الشهر العقارى نصا يقضى بأنه لا يقبل فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني إلا المحررات التى سبق شهرها . فإذا توصل المشتري إلى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه رغم من أن سند البائع له لم يكن قد تم شهره ، فإنه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشتري مالكا ، إذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذى لم تنتقل إليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده (نقض مدنى ٢١ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢ ص ٧٣) .

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٧١ - ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن الممول عليه هو الأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية من اعتبار شخصية الوارث مغايرة لشخصية المورث ، ولذلك فلا محل للمفاضلة بين البيع الذى يصدر من المورث والبيع الذى يصدر من الوارث لصدورها من شخصين مختلفين . وتكون العبرة بتصرف المالك =

ولكن البيع غير المسجل لا يزال بيعاً ، فينتج آثاره عدا نقل الملكية بالفعل . ويترتب على ذلك أن البيع غير المسجل ينشئ جميع التزامات البائع ، فيلتزم بموجبه البائع بتسليم المبيع إلى المشتري وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . وينشئ جميع التزامات المشتري ، فيلتزم بموجبه المشتري بدفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع (١) . ففيما يتعلق بالتزامات البائع ، يلتزم هذا بموجب البيع غير المسجل بتسليم العقار المبيع إلى المشتري ، ويجبر على التسليم حتى قبل تسجيل البيع ، وتنتقل تبعة هلاك المبيع إلى المشتري بعد التسليم ولو قبل التسجيل . ويضمن البائع للمشتري التعرض الصادر منه والتعرض الصادر من الغير والاستحقاق ، فلا يجوز للبائع أن يبيع العقار مرة ثانية ، وإذا سجل المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول ضمن البائع للمشتري الأول التعرض الصادر منه الناشئ عن استحقاق المشتري الثاني للعقار . ويضمن البائع للمشتري العيوب الخفيفة ، وللمشتري أن يرجع بدعوى العيب الخفي على البائع حتى قبل أن يتسلم المبيع وحتى قبل أن يسجل البيع . وفيما يتعلق بالتزامات المشتري ، يلتزم هذا بموجب البيع غير المسجل بدفع الثمن والمصروفات وتسليم العقار المبيع ، ويستطيع البائع قبل تسجيل البيع أن يطالبه بتنفيذ كل هذه الالتزامات (٢) . ويترتب على البيع غير المسجل آثاره بوصفه بيعاً ، فيؤخذ فيه بالشفعة ، ولا يؤثر

= الحقيقة : إذ يكون العقد الصادر من هذا المالك هو العقد الصحيح (نقض مدني ٢٨ يونيو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٧٩٤) .

وإذا لم يسجل عقد البيع ، وباع البائع العقار مرة ثانية لمشتري آخر سجل عقده ، فإن ملكية العقار المبيع تنتقل من البائع إلى هذا المشتري الثاني . ويفضل هذا المشتري الثاني الذي انتقلت إليه الملكية على أي شخص يتعامل مع المشتري الأول الذي لم يسجل عقده ولم تنتقل إليه الملكية ، كاشتر من هذا المشتري الأول ولو سجل عقده قبل أن يسجل المشتري الثاني من البائع عقده (استئناف مخطوط ٣ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١١٦ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٥٨ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٨٦) .

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٧٢ .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٧٦ .

عدم تسجيله في قابلية بيع ملك الغير للإبطال فإذا صدر من غير مالك كان بيع ملك الغير وكان قابلاً للإبطال (١) .

وينشئ البيع غير المسجل بوجه خاص في ذمة البائع التزاماً بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري . ولما كان هذا الالتزام لا يمكن تنفيذه إلا بتسجيل عقد البيع ، ولما كان التسجيل يتطلب إجراءات لا بد فيها من تدخل البائع الشخصي إذ لا بد أن يكون مقراً بصدور البيع منه وأن يكون توقيعه مصدقاً عليه ، من أجل ذلك كان للمشتري أن يطالب البائع بأن يقوم بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد . ولا يكتفى المشتري بأن يطالب البائع بالتعويض عن الإخلال بالتزامه ، بل يجوز له أن يصل إلى إجبار البائع على تنفيذ التزامه عينا ونقل الملكية بالتسجيل عن طريق دعوى صحة التعاقد (٢) .

١٣٤ - في قانونه السجل العيني : والبيع غير المقيّد في السجل العيني ، عند ما يكون نظام السجل العيني نافذاً ، هو أيضاً لا ينقل الملكية إلى المشتري ، ولا يترتب عليه من الأثر سوى الالتزامات الشخصية فيما بين البائع والمشتري . وتنص الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٢٦ من قانون السجل العيني في هذا المعنى على ما يأتي : « ويترتب على عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المقيّدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن » .

وكل ما ذكرناه في شأن البيع غير المسجل في قانون الشهر العقاري (٣) ، يصدق بالنسبة إلى البيع غير المقيّد في السجل العيني . فالمشتري لا يصبح مالكا للعقار المبيع ما دام البيع لم يقيد في السجل العيني ، ويبقى البائع مالكا

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٧٧ . ولكن البيع المسجل لا يصلح سبباً صحيحاً في التقادم المكسب القصير لوردد نص صريح يقضي بأن يكون السبب الصحيح مسجلاً (م ٣/٩٦٩ مدني) .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٧٣ - وفي دعوى صحة التعاقد الوسيط ٤ فقرة ٢٧٤ - وفي دعوى صحة التوقيع الوسيط ٤ فقرة ٢٧٥ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٣٣ .

للعقار المبيع ، ولكنه مع ذلك يلتزم بتسليمه للمشتري ، كما يلتزم بضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية . يلتزم المشتري ، بموجب البيع غير المقيد ، بدفع الثمن والمصروفات وبتسلم المبيع . ويفضل المشتري من وارث البائع على المشتري من المورث نفسه ، إذا سبق الأول الثاني إلى قيد عقده في السجل العيني . ويؤخذ في البيع غير المقيد بالشفعة ، كما يؤخذ بالشفعة في البيع غير المسجل . ويبدو أن البيع غير المقيد في السجل العيني لا يزال ينشئ التزاما بنقل الملكية في ذمة البائع (١) .

ثانيا : التصرف أو الحكم بعرضه شهر :

١٣٥ - في قانونه الشهر العقاري : ونتخذ هنا أيضا عقد البيع المسجل

(١) ولكن هل يجوز تنفيذ هذا الالتزام عينا ، كما يجوز تنفيذه عينا في قانون الشهر العقاري عن طريق دعوى صحة التعاقد ؟ ورد في المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني ، في خصوص المحررات التي يجوز قبولها لإجراء تغيير في البيانات الواردة في السجل العيني وحصرها في قسمين ، ما يأتي : « (القسم الأول : المحررات الموثقة الصادرة من يملك التصرف في الحقوق الثابتة في السجل . على أن الرسمية لا تعتبر ركنا في التعاقد ، ولكنها شرط جوهري لقيد المحررات في السجل ، بحيث لا يسوغ قيدها استناداً إلى عقد عرفي ولو صدر به حكم بصحة التعاقد » . والظاهر من ذلك أنه طبقاً لقانون السجل العيني ، يبقى عقد البيع العرفي غيرا المقيد منشأً لالتزامات شخصية ، ومنها الالتزام بنقل الملكية . ولكن هذا الالتزام بنقل الملكية لا يمكن تنفيذه عينا ، ونقل الملكية بالفعل ، إلا إذا قيد البيع في السجل العيني . والبيع لا يجوز قيده في السجل العيني إلا إذا كان موثقاً في محرر رسمي ، ولا يسوغ قيد البيع العرفي في السجل ولو صدر به حكم بصحة التعاقد . ويخلص من ذلك أن البيع العرفي غير المقيد ، طبقاً لقانون السجل العيني ، ينشئ التزاماً بنقل الملكية ، ويلزم البائع باتخاذ الإجراءات اللازمة لنقلها . ومن هذه الإجراءات أن يشارك البائع المشتري في توثيق محرر رسمي بالبيع ، حتى يمكن قيد البيع في السجل العيني . فإن امتنع البائع عن توثيق البيع ، لم يعد هناك سبيل لقيد البيع في السجل العيني ، ولو عن طريق حكم بصحة التعاقد يصدر بناء على عقد البيع العرفي . ومن ثم لا يكون أمام المشتري إلا المطالبة بالبائع بالتعويض ، لامتناعه عن القيام بالتزامه من توثيق البيع تمهيداً لقيدته في السجل العيني . فإن أنكر البائع صدور البيع العرفي منه أو أنكر صحته ، وجب على المشتري رفع دعوى واستصدار حكم بصحة التعاقد ، ولكن هذا الحكم لا يمكن قيده في السجل العيني كما سبق القول . وكل ما يستطيعه المشتري في هذه الحالة ، وقد ثبت صحة البيع بالحكم الصادر في هذا الشأن ، هو أن يطالب البائع بالتعويض لإخلاله بالتزامه من اتخاذ الإجراءات اللازمة لتوثيق البيع . ويكون موقف المشتري بعد صدور الحكم بصحة التعاقد هو نفس موقفه بالنسبة إلى عقد بيع عرفي لم ينكر البائع صحته . ففي الحالتين لا يستطيع المشتري ، إذا امتنع البائع عن توثيق عقد البيع ، إلا أن يطالب بالتعويض .

نموذجاً للتصرف أو الحكم المسجل ، لنفس الاعتبارات التي قلّمناها (١) .
وغنى عن البيان أن جميع الآثار التي يرتبها البيع قبل أن يسجل تبقى قائمة
بعد أن يسجل البيع . فيبقى البيع بعد تسجيله ، كما كان قبل تسجيله ، منشئاً
لالتزامات في جانب المشتري هي دفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع ، ومنشئاً
لالتزامات في جانب البائع هي تسليم العقار المبيع وضمان التعرض والاستحقاق
وضمان العيوب الخفية . ويؤخذ في البيع المسجل بالشفعة بداهة ، ويصلح
البيع المسجل سبباً صحيحاً في التقادم المكسب القصير ، بل أصبح البيع
المسجل دون البيع غير المسجل هو الذي يصلح سبباً صحيحاً في التقادم المكسب
القصير في التقنين المدني الجديد (م ١٦٩/٣ مدني) ، ويبقى بيع ملك الغير
قابلاً للإبطال قبل التسجيل وبعده .

ويزيد البيع المسجل في آثاره على البيع غير المسجل في أنه ينقل ملكية
العقار فعلاً من البائع إلى المشتري ، وذلك فيما بينهما وبالنسبة إلى الغير .
ويشترط في ذلك أن يكون العقار وقت البيع مملوكاً للبائع فلا ينقل بيع
ملك الغير الملكية ولو سجل البيع ، وأن يكون البيع جدياً غير صوري وغير
مزور ، وأن يكون صحيحاً فالبيع الباطل لا ينقل الملكية ولو سجل . ويستخلص
ذلك من طبيعة التسجيل والمهمة التي يقوم بها ، فالتسجيل في قانون الشهر
العقاري ، بخلاف القيد في قانون السجل العيني ، مهمته شهر المحرر على
علائه . والبيع بعد التسجيل يبقى كما كان قبل التسجيل ، فإن كان صادراً
من غير المالك لم ينقل الملكية بالرغم من تسجيله ، وإن كان صورياً أو مزوراً
يبقى بعد التسجيل كذلك ، وإن كان باطلاً يبقى بعد التسجيل على بطلانه
إذ التسجيل لا يصحح البطلان . فالذي ينقل الملكية إذن ، في نظام الشهر
العقاري ، هو العقد ذاته وليس التسجيل (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٣٣ .

(٢) وتقرب محكمة النقض من ذلك إذ تقول : « إن الملكية لا تنتقل بالتسجيل وحده ،
وإنما تنتقل بأمرين : أحدهما أصل أساسي وهو العقد الصحيح الناقل للملكية ، وثانيهما تبعي
وهو التسجيل . وإذن فالعقود الصورية المبنية على الغش والتدليس لا يصححها التسجيل (نقض
مدني ٣ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٨ ص ١٨٤) . وقرب حسن كيرة ص ٩
وص ١١ (وإذا جاز أن يقال إن العقد المسجل وهو الذي يتقل ملكية العقار واقعة مركبة من
تصرف قانوني هو العقد ومن واقعة مادية هي التسجيل ، وجب أن يقال أيضاً إن عنصر
التصرف القانوني في هذه الواقعة المركبة هو العنصر الغالب ، والواقعة المركبة كالواقعة
المختلطة قد يتغلب فيها عنصر على عنصر آخر) .

وتتابع البيع المسجل في نقله الملكية فيما بين المتعاقدين ، وفي نقله الملكية بالنسبة إلى الغير :

١ - فالبيع المسجل ينقل الملكية ، على النحو الذي قدمناه ، فيما بين المتعاقدين . ويترتب على ذلك أن يكون للمشتري حق التصرف في العقار المبيع باعتباره مالكا ، ولو قبل أن يتسلمه من البائع . ويترتب على ذلك أيضا أنه إذا أفلس البائع بعد التسجيل وقبل تسليم المبيع ، جاز للمشتري أن يأخذ عين العقار المبيع من تفليسة البائع باعتباره قد أصبح مالكا له دون أن يزاحمه فيه دائنو البائع . والرأى الذي استقر عليه القضاء والفقه هو أن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت التسجيل ، فليس لانتقالها أثر رجعي يستند إلى وقت البيع . بهذا صرحت المذكرة الإيضاحية لقانون الشهر العقاري (١) ، وعلى هذا جرى قضاء محكمة النقض (٢) . وهناك رأى معارض يذهب إلى أن للتسجيل أثرا رجعيا فيما بين المتعاقدين ، أما

(١) وقد جاء فيها ما يأتي : « أما الفقرتان الثانية والثالثة من هذه المادة (التاسعة) ، فهما مطابقتان للفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى من القانون الحالي (قانون التسجيل) . ولم ير إجراء أى تعديل في نصوصها ، اكتفاء بما استقرت عليه أحكام محكمة النقض والإبرام تفسيرا لهذه النصوص . وهذه الأحكام تقضى بأن الحقوق العينية المشار إليها في هذه المادة لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول إلا بالتسجيل ومن تاريخ هذا التسجيل ، دون أن يكون لهذا التسجيل أثر رجعي ينسحب إلى تاريخ التصرف نفسه » .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم الذي يقضى برفض دعوى الشفعة بناء على أن الشفع لم يكن مالكا للعين المشفوع بها يوم اشتراها بل من تاريخ تسجيل عقد الشراء ، لا يكون مخالفا للقانون في نفيه الأثر الرجعي للتسجيل . وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : « وحيث إن استناد أثر الشرط إلى الماضي . . إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئا عن إرادة المتعاقدين ، أما حيث يكون القانون هو الذى قرر الشرط وعلق عليه حكما من الأحكام ، فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه ، أما قبله فلا . ذلك لأن الأصل أن الأثر لا يسبق الموتر . غير أن الشارع قد لاحظ أن العاقدین إذ يملكان اتفاقهما على شرط - أى على أمر مستقبل قد يوجد وقد لا يوجد - يكونان جاهلين مآل الشرط فلا يعرفان هل يتحقق أو يتخلف ، فقدر أنهما لو كانا على علم بهذا المآل لأقاما عليه اتفاقهما منذ البداية . وعلى هذا التقدير أو الفرض القانوني قامت نظرية الأثر الرجعي للشرط ، ولا مبرر لها في الشرائع التي أخذت بها إلا أنها تعبر عن إرادة العاقدین ، فقصر تطبيقها من أجل ذلك على دائرة الاتفاق . وقد التزم القانون نفسه هذه الدائرة ، فأورد نص المادة ١٠٥ (من القانون السابق) التي قررت الأثر الرجعي للشرط في باب التعهدات والعقود ، وعلى ذلك فلا محل -

بالنسبة إلى الغير (١) فليس له بطبيعة الحال هذا الأثر ولا تنتقل الملكية بالنسبة إلى الغير إلا من وقت التسجيل .

ونحن نؤثر هذا الرأي المعارض ، لأنه هو الرأي الذى يتفق مع طبيعة عقد البيع وطبيعة نظام التسجيل ومقتضيات الصناعة القانونية ، وقد أسهنا في الدفاع عن هذا الرأي عند الكلام في عقد البيع (٢) . وبيننا أن القول بالأثر الرجعى أكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية ، إذ هو الذى يفسر تفسيراً مستساغاً أن ثمر المبيع ونماءه يكون للمشتري متى

لتطبيق هذا النص في غير هذا الباب . وبصفة خاصة لا محل لتطبيقه على ما كان من الشروط جلياً مردوداً إلى إرادة الشارع - كشرط التسجيل لنقل الملكية - لأن هذا النوع من الشروط باق على الأصل ، فلا انسحاب لأثره على الماضى . وحيث إنه فضلاً عما تقدم فإن القول بالأثر الرجعى للتسجيل فيه منافاة لمقصود الشارع من وضع قانون التسجيل . وذلك لأن هذا القول يثير من جديد التمييز بين الغير وبين المتعاقدين ، والقضاء على هذا التمييز بالذات كان بعض ما أريد بوضع هذا القانون . ثم إن هذا القول أيضاً من شأنه أن يضيف جزاء علم التسجيل ، في حين أن واضح القانون المذكور إنما أراد أن يكون هذا الجزاء صارماً رادعاً ليحصل المتعاملين على المبادرة إلى التسجيل قصد تمهيد الطريق لنظام السجلات العقارية المرجو إنشاؤها في المستقبل . (نقض مدنى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٢ ص ٢٥٥ - وانظر أيضاً نقض مدنى ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة ٢ رقم ١٦٤ ص ٤٩٧ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٥ ص ١١٨ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤ - ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٤ ص ٣٠٩) .

وانظر في تفصيل الرأي الذى استقر عليه القضاء والفقهاء من أنه ليس للتسجيل أثر رجعى فيما بين المتعاقدين : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠ - فقرة ٢٨١ - وانظر في استقرار الفقه على هذا الرأي الوسيط ٤ فقرة ٢٨١ ص ٥١٢ هامش ١ - يضاف محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٠٧ فقرة ٢٠٩ - حسن كيرة ص ٥٩ .

(١) والمقصود بالغير كل شخص يثبت له على العقار المبيع حق عيني مصدره تصرف قانوني يخضع للشهر ، ويقوم هذا الشخص فعلاً بشهره . فإذا باع شخص عقاراً ، وقبل تسجيل عقد البيع بآعه إلى مشتر ثان أو رهنه لدائن مرتين ، فلا يكتفى لاعتبار المشتري الثانى للعقار أو الدائن المرتين غيراً أن يتم البيع أو الرهن ، بل يجب أيضاً على المشتري الثانى أن يسجل عقد البيع الصادر له ، وعلى الدائن المرتين أن يقيد عقد الرهن ، حتى يمكن اعتبارهما من الغير . فإذا شهر كل منهما حقه على هذا الوجه ، لم يجز للمشتري الأول من البائع أن يحتج عليهما بمقده إلا من وقت تسجيل هذا العقد ، فإذا كان لم يسجل أو سجل بعد تسجيل البيع الثانى أو بعد قيد الرهن نفذ البيع الثانى أو الرهن في حق المشتري الأول .

(٢) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٢ - فقرة ٢٨٦ .

وقت تمام البيع لا من وقت تمام التسجيل ، وعليه تكاليف المبيع من وقت تمام البيع كذلك (م ٤٥٨) . وهو الذى يفسر تفسيراً مستساغاً أيضاً أن البائع إذا أحدث بناءً فى الأرض المبيعة قبل تسجيل عقد البيع يعامل معاملة البانى بسوء نية فى أرض غيره . وهو الذى يفسر تفسيراً مستساغاً كذلك أنه إذا تصرف المشتري فى المبيع قبل أن يسجل عقد شرائه يعتبر فى بعض الفروض فى منزلة من يتصرف فيما يملك (١) .

ثم بينا أن هناك فروضاً يكون فيها القول بالأثر الرجعى ليس فحسب القول الأكثر الاستساغة من ناحية الصناعة القانونية ، بل هو وحده القول الحق . ونقتصر هنا على الإشارة إلى فرضين من الفروض الخمسة التى سبق أن ذكرناها . فلو فرضنا مشترياً لعقار لم يسجل عقده ، ويبيع عقار مجاور لهذا العقار توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده ، فلو أخذنا بالأثر الرجعى لاعتبر المشتري مالكا للعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه ولأمكنه الأخذ بالشفعة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعى ، وهذا ما فعلته محكمة النقض ، فإن المشتري لا يعتبر مالكا للعقار المشفوع به إلا بعد بيع العقار المشفوع فيه ، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة . ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعى ، وإعطاء المشتري الحق فى الأخذ بالشفعة (٢) . ولو فرضنا أن شخصاً باع داراً وقبل أن يسجل المشتري

(١) أنظر فى تفصيل كل ذلك للوسيط ٤ فقرة ٢٨٣ - وقد عقبنا على ذلك بما يأتى : « والواقع من الأمر أننا نواجه فى الأمثلة التى قلناها الموقف الآتى : المشتري لم يسجل عقد شرائه ، ولكنه حصل فعلاً على المزايا التى كان يحصل عليها لو أن الملكية قد انتقلت إليه من وقت البيع . فهو يكسب ثمرة المبيع من هذا الوقت ، ويستطيع أن يتصرف فى المبيع قبل أن يسجل ، ولا يستطيع البائع أن يبنى فى الأرض المبيعة وإلا اعتبر بانياً فى أرض غيره . ونريد أن نعلل هذه المزايا . فبدلاً من تعليلها التعليل القريب المستساغ وذلك بالقول بأنه متى سجل المشتري العقد اعتبرت الملكية منتقلة إليه من وقت تمام العقد فساغ أن يحصل على المزايا المتقدمة الذكر ، نلجأ إلى تعليلات مختلفة لكل حالة تعليلها الخاص ، وجانب الإغراب فى جميعها ظاهر » (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٣ ص ٥٢٤) .

(٢) وقد ذكرنا تعقيباً على ذلك : « ولوقلنا بالرأى الذى ذهب إليه محكمة النقض ، لترتب على ذلك أن الشفعيع يكون فى هذه الحالة هو المالك السابق الذى باع للمشتري العقار المشفوع به ، فقد كان مالكا لهذا العقار وقت بيع العقار المشفوع فيه . ولاشك فى أنه بين =

عقد شرائه أجر البائع الدار لشخص آخر ، ثم سجل المشتري . فاذا أخذنا بالأثر الرجعي لكانت ملكية الدار قد انتقلت إلى المشتري قبل صدور عقد الإيجار ، فلا يسرى الإيجار في حق المشتري . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، فإن ملكية الدار لا تنتقل إلى المشتري إلا من وقت إجراء التسجيل ، أى في وقت تال لصدور الإيجار ، فيسرى الإيجار في حق المشتري . وتؤثر الأخذ بالأثر الرجعي هنا أيضا ، فلا يكون الإيجار ساريا في حق المشتري (١) .

وبينا بعد ذلك أن القول بالأثر الرجعي هو الذى يتفق مع القواعد العامة ، ذلك أن مهمة التسجيل في نظام الشهر الشخصى وهو النظام المعمول به في قانون الشهر العقارى هى إعلام الناس بوقوع التصرف وليست نقل الحق ، فالعقد في هذا النظام هو الذى ينقل الحق . أما مهمة القيد في نظام السجل العيى فهى نقل الحق ، إذ القيد في هذا النظام وليس العقد هو الذى ينقل الحق (٢) .

= المالكين المتعاقبين - البائع للمعار المشفوع به والمشتري إياه - المشتري هو للباقي مجاوراً للمعار وهو الأول بالأخذ بالشفعة ، إلا إذا قيل إن الشفعة في هذه الحالة لا تكون لأحد منهما فيتعطل بذلك حق قرره القانون وتبيأت الأسباب لكسبه (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٨) . (١) ويمكن القول أيضاً ، في عهد قانون الإصلاح الزراعى ، إنه لوباع شخص لآخر أرضاً زراعية بعقد ثابت التاريخ قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى ، ثم سجل للعقد بعد نفاذ هذا القانون ، فإن ملكية الأرض تنتقل فيما بين البائع والمشتري من تاريخ العقد لا من تاريخ التسجيل ، أى قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى لا بعد نفاذه ، وقد يترتب على ذلك نتائج هامة (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٨ هامش ٢) . وانظر في تفصيل الفروض الخمسة التى ذكرنا أن القول بالأثر الرجعى فيها هو للقول الحق : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ .

(٢) وقد ذكرنا بعد ذلك : « فيجب إذن ، في نظام الشهر الشخصى ، أن يودى كل من العقد والتسجيل مهمته في حدودها المرسومة . فينقل العقد الملكية إذ هو السبب في نقلها ، ولا يترأخى المسبب عن السبب إلا لما منع . ولا يوجد فيما بين المتعاقدين مانع من إعمال السبب في الحال ، والتسجيل ليس بمانع ، فهمته كما قلنا إعلام الناس بوقوع التصرف والمتعاقدان يعلمان بوقوع التصرف قبل التسجيل فهما اللذان باشراه . أما بالنسبة إلى الغير ، فهناك مانع من إعمال السبب في الحال ، فوجب أن يترأخى المسبب حتى يقوم التسجيل بمهمته وهى إعلام هذا الغير بوقوع التصرف . ومن ثم لا يجوز ، كأصل عام ، في نظام شهر شخصى أن يترأخى =

وبينا أخيراً أن القول بالأثر الرجعي لا يتعارض مع نصوص القانون ،

= انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين إلى وقت إجراء التسجيل ، والا انتقلنا إلى نظام الشهر العيني في ناحية منه دون أن نختاط للنواحي الأخرى . ولكن المشرع ، في قانون التسجيل وفي قانون تنظيم الشهر العقاري ، نص صراحة على أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل حتى فيما بين المتعاقدين . يقال عادة إن هذه خطوة أراد بها المشرع أن يحث المتعاقدين على المبادرة إلى تسجيل عقودهم ، فأرجأ نقل الملكية فيما بين المتعاقدين حتى يتم التسجيل . ولكن حتى يصل المشرع إلى تحقيق هذه الغاية ، يتحتم عليه أن يحمل التسجيل ذاته لا العقد هو الذي ينقل الملكية . أما إذا جعل البيع هو الذي ينقل الملكية ، وأرجأ مع ذلك نقل الملكية فيما بين المتعاقدين إلى وقت إجراء التسجيل ، فمضى ذلك أن التسجيل هو الذي ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين لا البيع . ومعنى ذلك أيضاً أن المشرع يخطط بين نظامين متعارضين ، نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني . أما ونحن لا نزال في نظام الشهر الشخصي ، ولا نزال نعتبر البيع عقداً رضائياً هو السبب القانوني في نقل الملكية ، فلا بد من إعمال البيع وإنتاج أثره في الحال حيث لا يحول دون ذلك مانع . وأثره هو نقل الملكية ، فينبغي أن ينقلها في الحال . ولكن لما كان نقلها بالنسبة إلى الغير يقتضى إعلام الغير بالبيع وهذه هي مهمة التسجيل ، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية لا ينفذ - وهذا أدق من القول بأن الملكية لا تنتقل - في حق الغير إلا من وقت إجراء التسجيل . ولما كان نقلها فيما بين المتعاقدين لا يكون إلا بالتسجيل إذ جاء النص صريحاً في ذلك ، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين يجب لتحقيقه إجراء التسجيل مطاوعة للنص ، ووجب القول في الوقت ذاته بأن الملكية بعد تسجيل البيع تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت تمام البيع لامن وقت التسجيل مطاوعة للمبادئ العامة ، ولطبيعة البيع الذي لا يزال هو السبب في نقل الملكية ، ولمهمة التسجيل في نظام الشهر الشخصي التي لا تزيد على إعلام الغير بوقوع التصرف ولا شأن لها في العلاقة ما بين المتعاقدين » (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٥ ص ٥٣٠ - ص ٥٣٢) . وانظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٨٥ .

وذكرنا أيضاً في هذا المعنى : « والواقع أننا نشك كثيراً في فائدة استحداث قانون التسجيل وقانون الشهر العقاري لقاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين بالتسجيل مع البقاء في نظام الشهر الشخصي . فادعنا في هذا النظام مضطرين إلى التسليم بأن البيع لا التسجيل هو سبب كسب الملكية ، فإن هذه القاعدة المستحدثة لا ترتب عليها أهمية كبيرة . وأكبر خطر يتعرض له المشتري المتقاعد عن التسجيل لا يزال هو خطر تصرف البائع إلى مشتر آخر وسبق هذا إلى تسجيل عقده ، وهذا الخطر كما نرى لا يرجع إلى قاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ، بل إلى قاعدة انتقالها بالتسجيل في حق الغير . أما انتقال الملكية بالتسجيل فيما بين المتعاقدين ، فلا تظهر أهميته العملية حقاً إلا في نظام الشهر العيني حيث التسجيل ذاته هو الذي ينقل الملكية ، فيجب إذن أن يكون نقلها من وقت إجراء التسجيل ، سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين » (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٥ ص ٥٣٠ هامش ٢) . وانظر في أن نفي الأثر الرجعي لم يكن من شأنه أن تبادر الناس إلى تسجيل عقودهم بعد صدور قانون التسجيل بأكثر مما كانوا يفعلون قبل صدوره : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٥ ص ٥٣٠ هامش ٢ .

فالمادة التاسعة من قانون الشهر العقاري توجب تسجيل البيع ، وترتب على عدم تسجيله أن الملكية لا تنتقل ، لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير . ويؤخذ من ذلك أن البيع إذا سجل ، انتقلت الملكية به فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير . هذا كل ما ورد في النص صراحة أو دلالة ، ولم يعرض النص لتحديد الوقت الذي تنتقل فيه الملكية إذا ما سجل البيع . فوجب أن نرجع في ذلك إلى مهمة التسجيل في نظام الشهر الشخصي وإلى طبيعة البيع بعد صدور قانون الشهر العقاري . فمهمة التسجيل تحدد الوقت الذي تنتقل فيه الملكية بالنسبة إلى الغير ، ولا يمكن أن يكون إلا وقت إجراء التسجيل . وطبيعة البيع تحدد الوقت الذي تنتقل فيه الملكية فيما بين المتعاقدين ، فما دامت الملكية تنتقل بالبيع وجب أن تنتقل عند تمامه ، ولا تحول مهمة التسجيل دون ذلك . ثم صدر التقنين المدني الجديد بعد صدور قانون الشهر العقاري ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٩٣٤ من هذا التقنين على أنه « في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء آكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري » . وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني في هذا الصدد ما يأتي : « أما في العقار فلا تنتقل الملكية . ولا الحقوق العينية الأخرى ، حتى فيما بين المتعاقدين ، إلا بالتسجيل . ولكن متى تم التسجيل تعتبر الملكية منتقلة ، فيما بين المتعاقدين ، من وقت العقد لا من وقت التسجيل ، لأن سبب نقل الملكية هو العقد » (١) .

٢ - والبيع المسجل ينقل الملكية ، على النحو الذي قدمناه أيضاً (٢) ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤١ - وانظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٦ .
(٢) أي إذا كان البيع صادراً من المالك للعقار المبيع ، وكان يبيعاً جدياً لا صورياً ولا مزوراً ، ولم يشبه البطلان . وقد سبق أن قلنا في هذا الصدد : « ويشترط في التفضيل بحسب أسبقية التسجيل أن تكون التصرفات المتعارضة صادرة من شخص واحد هو المالك ، وأنها جميعاً تصرفات صحيحة نافذة . فإذا صدر تصرف من المالك ، فضل ولولم يسجل على تصرف من غير المالك ولوسجل ، ولكن المشتري من غير المالك يملك بالتقادم الخمسى إذا سجل عقده وكان حسن النية . وإذا سبق إلى التسجيل تصرف باطل أو صوري ، فضل عليه التصرف الصحيح النافذ ولوسجل بعد ذلك » (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٧ ص ٥٣٦ هامش ٣) . وقد قضت =

بالنسبة إلى الغير (١) . ولا يكون انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير إلا من وقت إجراء التسجيل ، ما في ذلك من خلاف . والأصح أن يقال إن الملكية تنتقل بالبيع ، ولكن انتقالها لا يكون نافذاً في حق الغير إلا من وقت إجراء التسجيل . فلو أن شخصاً باع عقاراً مملوكاً له لمشتري ثم باع نفس العقار لمشتري ثان ، وسجل المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول . فإن المشتري الثاني يعتبر من الغير بالنسبة إلى المشتري الأول ، ولا يحتاج عليه بالبيع الصادر إلى المشتري الأول إلا من وقت تسجيله ، أي في وقت متأخر عن تسجيل عقده هو . ومن ثم لا ينفذ في حقه البيع الأول ، وبذلك يفضل على المشتري الأول (٢) . ولكن هل يشترط في تطبيق هذه القاعدة ، وتفضيل المشتري الثاني على المشتري الأول في الفرض الذي نحن بصدد ، أن يكون المشتري الثاني حسن النية وقت أن اشترى ، أي لا يعلم أن هناك مشترياً سبقه إلى شراء العقار وأن هذا المشتري لم يسجل عقده ؟ عرضنا لهذه المسألة بالتفصيل عند

= محكمة النقض بأنه متى كانت المحكمة قد أسست قضاءها بالملكية على عقد الشراء وعلى تسجيل الحكم الصادر بصحة النوقيع عليه إلى جانب صورية عقد الشراء الآخر الصادر من البائع نفسه وانعدام أثر تسجيله ، فإن ذلك تسبب كاف لقيام الحكم (نقض مدني ٧ يونيو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام ص ٧٠١) . وقضت أيضاً بأنه إذا ثبتت صورية عقد البيع صورية مطلقة ، فإنه يكون باطلاً ولا يترتب عليه نقل ملكية القدر المبيع ولو كان مسجلاً ، إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقداً باطلاً . وإن المفاضلة بين عقدي بيع صادرين من مالك واحد بأسبقية التسجيل ، لا تكون إلا بين عقدين صحيحين (نقض مدني ٢٧ مايو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٠٥ ص ٦٥٥) .

(١) فإذا باع المالك عقاره لمشتريين متعاقبين ، فأسبقهما في التسجيل هو المالك . وإذا ادعى المشتري الآخر أنه ملك العقار بالتقادم ، فعليه هو إثبات ذلك (نقض مدني ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٤٧ ص ٩٢٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المشتري قد سجل عقده الذي شل الأتيان موضوع عقد البديل المبرم بين البائع والطاعن قبل أن يسجل الطاعن صحيفة دعواه بصحة ونفاذ عقد البديل ، فإن ملكية هذه الأتيان تكون قد انتقلت إلى المشتري من تاريخ تسجيل عقده ، ونم يعد بذلك لعقد البديل محل يرد عليه . فإذا قضى الحكم المطعون فيه ، في هذه الحالة ، برفض طلب صحة ونفاذ عقد البديل ، فإنه لا يكون مخالفاً للقانون (نقض مدني ٢٤ مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٩٧ ص ٧٠٨) .

الكلام في البيع (١) ، واستعرضنا فيها العهود الثلاثة : عهد التقنين المدني السابق ، وعهد قانون التسجيل ، وعهد قانون الشهر العقاري .

ففي عهد التقنين المدني السابق ، كان الرأي الراجح هو اشتراط حسن النية في التسجيل حتى ينتج أثره . فاذا كان المشتري الثاني الذي يسجل أولاً يعلم وقت أن اشترى أن هناك مشترياً سبقه إلى شراء العقار ولم يسجل عقده ، فبادر هو إلى التسجيل ، فان التسجيل في هذه الحالة لا ينتج أثره لعدم توافر شرط حسن النية ، ومن ثم يفضل عليه المشتري الأول (٢) .

وفي عهد قانون التسجيل ، ذهبت محكمة النقض إلى أنه لا يشترط في التسجيل حسن النية ، فينتج التسجيل أثره حتى لو كان المشتري الثاني سيء النية يعلم وقت أن اشترى بسبق تصرف البائع في العقار المبيع ، بل وحتى لو كان المشتري الثاني متواطئاً كل التواطؤ مع البائع على حرمان المشتري الأول من الصفقة ، فلا يقبل مطلقاً الاحتجاج على صاحب العقد المسجل الذي انتقلت إليه الملكية فعلاً بتسجيله لا بسوء نية ولا بتواطؤه مع البائع (٣) .

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٧ - فقرة ٢٩٠ .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٨٨ .

(٣) نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥ - ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٧ ص ٣٠٧ - ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣ ص ١١٣ - ٢٧ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٦ ص ٧٠٧ - وقد قلنا في هذا الصدد : « فارتفعت محكمة النقض بالتسجيل ، بهذا الرأي الذي اعتنقته ، إلى أعلى مرتبة من القوة . ولكن لا يفهم من قضائها هذا أن المشتري الأول ، الذي تواطأ البائع والمشتري الثاني على الإضرار بحقه ، يصبح محروماً من الحماية . لا يستطيع هذا المشتري حقاً أن يتعرض للتسجيل فيبطله للتواطؤ . ولكن يستطيع أن يطالب البائع بتعويض ويتقاضاه مما عنده من مال ، إن كان البائع موسراً . فإذا كان معسراً وكان البيع المسجل هو الذي سبب الإعسار أوزاد فيه ، جاز للمشتري الأول أن يطعن في البيع المسجل بالدعوى البولصية ، ولكن لا لتثبيت ملكيته في العقار المبيع ، بل للتنفيذ عليه بالتعويض المستحق له ، ويزاحمه في ثمن العقار دائنو البائع الآخرين على النحو الذي قدمناه . . وإذا كانت محكمة النقض ، بقضائها هذا ، مدفوعة إلى تحصين التسجيل من كل طعن وتقويته إلى حد يجعله يقرب من قوة التسجيل في نظام السجل العقاري ، فقد تكون بذلك قد سارت إلى مدى أبعد مما يحتمله نظام الشهر الشخصي الذي لا نزال فيه حتى اليوم . ففي نظام السجل العقاري يصل التسجيل إلى هذه المرتبة من القوة ، لأن هناك =

وفي عهد قانون الشهر العقاري ، وهو العهد الحاضر ، فان محكمة النقض ، بعد أن قصد واضعو قانون الشهر العقاري باغفالهم إيراد نص صريح في هذه المسألة أن يتركوها لحكم المبادئ العامة (١) ، بقيت مع ذلك مصرّة على المبدأ الذي قرّره في عهد قانون التسجيل من أن التواطؤ لا يفسد العقد المسجل ، وأنه لا يجوز الطعن في هذا العقد إلا بدعوى الصورية أو بالدعوى البولصية (٢) . وقد بينا أن الموقف الذي نراه متفقاً مع المبادئ العامة

= ضمانات قوية لصيقة بهذا النظام يأمن بها المتعاملون من أن تضيع عليهم حقوقهم . فلا يسجل عقد قبل أن تتحرى صحته إلى أبعد حدود التحري ، وقبل أن تفحص التصرفات السابقة عليه فحصاً دقيقاً ، ثم يعرض من يضار بهذا النظام تعويضاً تكفله خزانة السجل العقاري ذاتها . اما وهذه الضمانات لا تزال تعوز النظام الشخصي القائم ، فلا نرى بداً من الاعتداد بالتواطؤ إذا داخل التسجيل ، فيبطل التسجيل إذا أثبت المشتري الأول أن المشتري الثاني الذي سبقه إلى التسجيل كان متواطئاً مع البائع » (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٩ ص ٥٤١ - ص ٥٤٤ - وانظر في تفصيل ما كان القضاء يجري عليه في عهد قانون التسجيل : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٩) .

(١) وذلك بعد أن انتزع واضعو قانون الشهر العقاري من النصوص أقوى حجة كانت محكمة النقض تستند إليها ، فقد كانت المادة الثانية من قانون التسجيل تنص صراحة على أن التدليس يفسد التسجيل في العقود الكاشفة ، وكانت المادة الأولى من هذا القانون تغفل هذا النص في العقود المنشئة ، فسهل على محكمة النقض استخلاص أن التدليس لا يفسد التسجيل في العقود المنشئة عن طريق الدلالة العكسية . فأغفل قانون الشهر العقاري النص في المادة العاشرة منه على أن التدليس يفسد التسجيل في العقود الكاشفة ، كما أغفل النص على ذلك في المادة التاسعة منه في العقود المنشئة ، فلم يعد من المستطاع استخلاص عدم فساد التسجيل بالتدليس عن طريق الدلالة العكسية في طائفة من العقود دون الأخرى ، وأصبح أثر التدليس في التسجيل واحداً في الطائفتين معاً ، وموكولاً أمره إلى المبادئ العامة (الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٤٦) .

(٢) نقض ملئ ٧ يونيو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٩ ص ٩٤٤ - ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٦ ص ١١٣٨ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢ - ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩١ ص ٥٧٢ - ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٥ ص ٥٨١ - أول ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٠ ص ١٥٣٦ - ١٤ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٩ ص ١٥٣ - ٣ أبريل سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣٦ ص ٣٣٠ . وتابع قضاء محكمة النقض كثير من الفقهاء (أنظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٥٠ هامش ٢ - ويضاف إلى الفقهاء المشار إليهم في الوسيط : محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٩٤ - فقرة ١٩٩ - حسن كيرة ص ١١) .

هو استبعاد الرأى الذى يشترط حسن النية لصحة التسجيل لتطرفه من ناحية ، وكذلك استبعاد الرأى الذى أخذت به محكمة النقض من أن التواطؤ ذاته لا يبطل التسجيل لتطرفه من الناحية الأخرى (١) . ويجب إذن الوقوف

== وفيما يتعلق بالدعوى البولصية قضت محكمة النقض بأنه إذا تحققت الشروط المقررة للطن بالدعوى البولصية ، فإن موذى ذلك أن تعود ملكية العين المتصرف فيها إلى البائع ، ويكون من حق المشتري الذى لم يسجل عقده بوصفه دائئاً بالثمن التنفيذ عليها جبراً استيفاء لدينه . وليس من شأن هذا التنفيذ أن يعود هذا المشتري إلى بعث عقده الابتدائى ومطالبته بالحكم بصحته ونفاذه ، لأن الملكية تكون قد انتقلت بالتسجيل إلى المشتري الذى سجل عقده محملة بحق المشتري الذى لم يسجل بوصفه دائئاً للبائع ، وليس للدائن فى مقام التنفيذ بدينه أن يطالب بملكية العقار الذى يجرى عليه التنفيذ (نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٨ ص ١١٨٥) .

وقد وصلت محكمة النقض ، فى اعتناق الرأى الذى تأخذ به ، إلى أبعد مدى ، إذ قضت بأن المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى جاءت خلواً مما يجيز إبطال الشهر إذا شابه تدليس أو تواطؤ . ومفاد ذلك ، على ما جرى به قضاء محكمة النقض ، هو إجراء المفاضلة عند تراحم المشترين فى شأن عقار واحد على أساس الأسبقية فى الشهر ، ولونسب إلى المشتري الذى بادر بالشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع ، طالما أنه تعاقد مع مالك حقيقى لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله . ولا يغير من ذلك أن يكون صاحب التسجيل اللاحق قد حصل على أسبقية فى تقديم طلبه لجهة الشهر ، إذ أن مجرد الأسبقية فى تقديم الطلب لاتنال من الآثار القانونية المترتبة لصاحب التسجيل السابق . ولا يغير من هذا النظر القول بأن التسجيل السابق كان نتيجة غش وتواطؤ بين من تم التسجيل لصالحه وبين الموظف الذى أجراه بمصلحة الشهر العقارى لعدم مراعاته للمواعيد والإجراءات التى تقضى بها المادة ٣٣ من قانون الشهر العقارى . ذلك أن ما انتظمه هذا النص لا يعدو أن يكون تبياناً للقواعد الإدارية المحددة للإجراءات والمواعيد الواجب على مأموريات الشهر العقارى اتباعها عند بحث الطلبات أو مشروعات المحررات المقدمة للشهر بشأن عقار واحد . وإذا لم يرتب المشرع بطلان الشهر على مخالفته ، فإن الأفضلية تكون لمن سبق إلى تسجيل التصرف الصادر له ، ولو كان هو صاحب الطلب اللاحق . وليس لصاحب الطلب السابق ، إن صح ما يدعيه من أن هذه المخالفة كانت نتيجة غش أو تواطؤ ، سوى طلب التعويض يوجهه إلى موظف الشهر العقارى ومن تواطأ معه إذا كان لطلبه محل (نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٣٩ ص ٢٩٥) - وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٤ مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٩٨ ص ٧٢٣ - ١٤ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٩ ص ١٥٣ .

(١) وقد قلنا فى صدد الرأى الذى ذهبت إليه محكمة النقض : « ومهما يكن من شفيح للرأى الذى تصر عليه محكمة النقض . . فإنه رأى تناهضه الاعتبارات العلمية ، ولاتنهض به الاعتبارات العملية . أما الاعتبارات العلمية فترجع إلى نصوص قانون الشهر العقارى ذاته =

عند الرأى الوسط ، وهو الرأى الذى لا يشترط حسن النية لصحة التسجيل ولكنه يجعل التواطؤ مبطلاً له . ذلك أن هذا الرأى الوسط يدعم نظام التسجيل ، دون إغراق يعرض مصالح الناس للخطر . فلا يشترط لصحة التسجيل حسن النية ، حتى لا يترزعزع نظام التسجيل بادخال عناصر نفسية فيه تهدد استقراره . ولكن يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ . فكل تصرف يكون ثمرة التواطؤ لا يسرى تسجيله فى حق الغير ، وبذلك لا تتعرض مصالح الناس للضياع عن طريق التدليس والغش (١).

= ثم إلى المبادئ العامة التى وكل هذا القانون الحكم فى المسألة إليها . فنصوص قانون الشهر العقارى قد انتزعت منه الحجة القوية التى كانت محكمة النقض تستند إليها فى قانون التسجيل ، عندما كان هذا القانون الأخير يشترط عدم التدليس فى العقود الكاشفة ويسكت عن هذا الشرط فى العقود المنشئة . فجاءت نصوص قانون الشهر خلواً من هذا التميز ، فلم يعد من المستطاع أن يستخلص من هذه النصوص عن طريق الدلالة العكسية ، كما استخلص قبل ذلك من نصوص قانون التسجيل ، أن التدليس لا يفسد التسجيل ، وقد سبق بيان ذلك . هذا إلى أن نصوص قانون الشهر لم تقتصر على انتزاع الحجة للرأى الذى ذهبت إليه محكمة النقض ، بل هى أيضاً قد جعلت مكانها حجة على هذا الرأى . فقد رأينا أن هذه النصوص تشترط فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ حسن النية للاحتجاج بالتسجيل السابق على تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد . وإذا كانت محكمة النقض استطاعت أن تقرر أن مجرد العلم بالتصرف السابق لا يبنى حسن النية ، فن البديهي أن المشتري الثانى الذى تواطأ مع البائع ، والذى سبق بفضل هذا التواطؤ إلى تسجيل سنده ، لا يمكن أن يوصف بأنه حسن النية مهما تأولنا لهذه العبارة من معان بعيدة عن الخاطر . فهو إذن سئ النية ، ومن ثم لا يستطيع أن يحتج على المشتري الأول الذى سجل دعوى صحة التعاقد بسبق تسجيله لسنده . ثم إن المبادئ العامة ، وقد وكل قانون الشهر إلى تطبيقها الحكم فى هذه المسألة ، تستعصى على التسليم بسلامة التسجيل فى عقد هو ثمرة للتدليس والتواطؤ ، فالتواطؤ بطبيعته يفسد أى تصرف . والاعتبارات العلمية هى أيضاً لا تنهض بالرأى الذى تذهب إليه محكمة النقض . فنحن لانزال فى نظام الشهر الشخصى ، ولم تنتقل بعد إلى نظام الشهر العيني . فن المجازفة أن نستعير من نظام الشهر العيني أحد مقوماته الجوهرية ، وهو الحجة المطلقة للسند ولوطن فيه بالتواطؤ ، لنظام شهر شخصى لانزال الدقة فى تحرى صحة السندات المسجلة تعوزه ، ولا يقوم على أمر التسجيل فيه قضاة نظاميون ، ولا يكفل تعويض من يضاربه ، كما هو الأمر فى نظام الشهر العيني . يشهد بذلك من خبروا نظام الشهر القائم فى ناحيته العملية (الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٥١ - ص ٥٥٣) . وانظر عبد الفتاح عبد الباقى فى عقد البيع ص ١٧٢ - شمس الدين الوكيل فى أثر الغش على الأسبقية فى التسجيل عند تراحم المشترين لعقار واحد فى مجلة كلية الحقوق ٨ ص ٦٣ .

(١) أنظر فى تفصيل كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ . وقد قلنا فى توجيه الرأى الذى تذهب إليه من أن التواطؤ يفسد التسجيل : « ونستطيع أن نوجه هذا الرأى من الناحية الفنية =

١٣٦ - في قانونه السجل العيني : جميع الآثار التي يرتبها البيع قبل أن يقيد في السجل العيني تبقى قائمة يعد أن يقيد في هذا السجل . فيبقى البيع بعد قيده ، كما كان قبل قيده ، منشئاً للالتزامات شخصية في جانب المشتري هي دفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع ، ومنشئاً للالتزامات شخصية في جانب البائع هي تسليم العقار المبيع وضمأن التعرض والاستحقاق وضمأن العيوب الخفية . ويؤخذ في البيع المقيد بداهة بالشفعة .

ويزيد البيع المقيد في آثاره على البيع غير المقيد في أنه ينقل ملكية العقار فعلاً من البائع إلى المشتري ، وذلك فيما بينهما وبالنسبة إلى الغير . والذي ينقل الملكية هنا ، بخلاف ما قررناه في قانون الشهر العقاري ، هو نفس القيد في السجل العيني وليس عقد البيع . وقد قدمنا أن التسجيل في قانون الشهر العقاري مهمته شهر المحرر على علته ، فيبقى البيع بعد التسجيل كما كان قبل التسجيل ، فإن كان باطلاً يبقى على بطلانه لأن التسجيل لا يصحح البطلان ، والذي ينقل الملكية في قانون الشهر العقاري هو العقد ذاته وليس التسجيل (١)

= بأحد طريقتين : الطريق الأول ، وهو الطريق المألوف ، يكون بالقول بأن الغش يفسد التصرف ، فالعقد المسجل إذا كان ثمرة الغش والتواطؤ وجب أن يكون باطلاً ، والتسجيل لا يصححه . أويقال إن المشتري الثاني المتواطىء مع البائع قد أضر بالمشتري الأول ، فوجب عليه التعويض ، وخير تعويض هو التعويض العيني ، فلا ينفذ البيع المسجل في حق المشتري الأول ، فيستطيع هذا أن يثبت ملكيته في العقار المبيع بتسجيل سنده والطريق الثاني ، هو الطعن في العقد المسجل بالدعوى البولصية . ونسائر في هذا الطريق محكمة النقض ، ولكن على أن يؤخذ بتطبيق خاص للدعوى البولصية عندما يتركز حق الدائن في عين مملوكة للمدين (أنظر الوسيط ٢ فقرة ٥٨٨ ص ١٠٣٠) . . وفي الحالة التي نحن بصددتها قد تركز حق المشتري الأول في العقار المبيع ، فيعتبر البائع في حالة إعسار بالمعنى المقصود في الدعوى البولصية مادام المشتري الأول لا يستطيع أن يصل إلى العقار ذاته . ومن حق الدائن أن يطالب ، بدلاً من التعويض ، بالتنفيذ العيني . فيطالب المشتري الأول إذن بالتنفيذ العيني وهو تملك العقار ، ويعتبر البائع في هذا الخصوص معسراً حتى لو كانت عنده أموال كافية تنى بتعويض المشتري الأول عن فوات تملكه للعقار . ومن ثم يجوز للمشتري الأول الطعن في البيع المسجل بالدعوى البولصية ، فيجعله غير نافذ في حقه ، ويتمكن بذلك من رد العقار إلى ملك البائع ، ويتملكه بعد ذلك بتسجيل سنده (الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٥٤ - ص ٥٥٥) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٣٥ .

أما في السجل العيني فالأمر يختلف ، فجرد القيد في السجل له حجية مطلقة ، وهو الذى ينقل الملكية كما قدمنا . وإذا قيد البيع في السجل العيني ، لم يعد من الحائز الطعن فيه بالتزوير ، ولا بأنه صادر من غير مالك . وجميع البيانات الواردة في السجل العيني تعتبر صحيحة ، ولها حجية مطلقة في حق جميع الناس ، وتصل هذه الحجية إلى حد أنه لو قيد عقد البيع في السجل العيني فانتقلت الملكية إلى المشتري بهذا القيد ، بقى المشتري مالكا للعقار المبيع حتى لو خرج العقار من تحت يده إلى يد حائز استمر واضعا يده عليه المدة المقررة للتقادم ، ولا يملك الحائز العقار بالتقادم . وتنص المادة ٣٧ من قانون السجل العيني في هذا المعنى على أنه « يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه . ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل » (١) . ذلك أن قانون السجل العيني يتحرى في إجراءاته أقصى ما يمكن من الدقة حتى لا يثبت فيه من البيانات إلا ما كان صحيحا ، سواء عند قيد الحقوق في صحائفه لأول مرة ، أو بعد قيدها وورود تصرفات عليها فيما بعد . ففي القيد الأول تكفلت المواد ١٠ - ٢٠ من قانون السجل العيني بوضع إجراءات دقيقة لهذا القيد حتى يطابق الحقيقة بقدر المستطاع ، وتكفلت المواد ٢١ - ٢٥ من نفس القانون بتنظيم إجراءات تكفل التثبت من صحة البيانات الواردة بالسجل عن طريق فتح باب المعارضة فيها لجميع ذوى الشأن ، والبت فيما عسى أن يقدم من الاعتراضات بواسطة لجنة قضائية يجوز استئناف أحكامها أمام محكمة الاستئناف . وعند التصرف

(١) وهذا هو مبدأ القوة المطلقة للقيد . وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني . في هذا الصدد : « يقضى مبدأ القوة المطلقة - وهو من المبادئ الأساسية في نظام السجل العيني - بأنه إذا اكتسب شخص حقاً على عقار تأسيساً على قيود وتأثيرات في السجل ، فإن هذه القيود تعتبر دليلاً على مشروعية الحق الذى اكتسبه في مواجهة الغير . ويعتبر أنه اكتسب الحق من المالك الحقيقي ، ويبقى له ما اكتسب حتى ولو كان اكتسابه من غير مالك . وأخذاً بهذا المبدأ نصت المادة ٣٧ على أن يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ، ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل . فحظرت بذلك التملك بالتقادم - كقاعدة عامة - في مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل . فن أثبت اسمه في السجل كمالك للعقار يصبح في مأمن تام من أن يفاجأ بادعاء أى مغنصب يزعم أنه تملك العقار بوضع اليد ، وهو أمر تقتضيه طبيعة القوة المطلقة للقيد في السجل » .

في الحقوق ، لا يقبل في إثبات أصل الملكية أو الحق العيني سوى صحيفة الوحدة العقارية أو الشهادة المستخرجة من السجل العيني (م ٤٨ من قانون السجل العيني) ، وإذا قام اعتراض رفع الأمر إلى اللجنة القضائية للبت فيه على الوجه المبين في قانون السجل العيني . لهذا كله يكون مستساغاً أن تكون للبيانات الواردة في السجل العقاري هذه الحجية المطلقة ، وهذه الحجية هي حجر الزاوية في نظام السجل العيني كما تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون السجل العيني وهي تعدد مزايا هذا النظام . فتجعل على رأسها « تحقيق الأمان التام لكل من يتعامل على العقار وفق البيانات الثابتة بالسجل ، إذ أنه بمجرد إثبات البيان في السجل يصبح هذا البيان ممثلاً للحقيقة ونقياً من أى عيب عالق بسند الملكية بعد مضي مواعيد الطعن المنصوص عليها في المشروع أو الفصل نهائياً فيما قد يرفع من طعون . ذلك أن المشروع يأخذ بمبدأ القوة المطلقة للقيد في السجل العيني ، ويمثل هذا المبدأ حجر الزاوية للنظام ، ومعناه أن كل ما هو مقيد في السجل العيني هو الحقيقة بالنسبة للغير . وبذلك يصبح من يتعامل مع من قيد كما لك للعقار في حماية من كل دعوى غير ظاهرة في السجل ، مما يقتضى أن يؤثر بالدعوى التي ترفع ضد البيانات المدرجة في السجل لحماية رافعها من القرينة المطلقة التي تستمد من القيد فيه » . وتعدد المذكرة الإيضاحية أيضاً من مزايا نظام السجل العيني « حظر التملك بالتقادم ، كقاعدة عامة ، في مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل . فمن أثبت اسمه في السجل كمالك للعقار يصبح في مأمن تام من أن يفاجأ بادعاء أى مغتصب يزعم أنه تملك العقار بوضع اليد ، وهو أمر تقتضيه طبيعة القوة المطلقة للقيد في السجل . ورعاية لوضع اليد المستقر في ظل القانون القائم ، نص المشروع على طريقة القيد في السجل لأول مرة بالنسبة لمن تملك العقار فعلاً بوضع اليد قبل العمل به ، كما نص على فترة انتقال يحترم خلالها وضع يد من لم يتم مدة التقادم ، وكل ذلك على التفصيل الموضح بالمشروع » (١) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٢٨ في آخرها بالهامش .

ونتابع هنا البيع المقيد في السجل العيني ، كما تابعنا البيع المسجل في مكتب الشهر العقارى ، في نقله الملكية فيما بين المتعاقدين ، وفي نقله الملكية بالنسبة إلى الغير .

١ - فالبيع المقيد في السجل العيني ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين . ويترتب على ذلك أن يكون للمشتري حق التصرف في العقار المبيع باعتباره مالكا ، ولو قبل أن يتسلمه من البائع . ويترتب على ذلك أيضا أنه إذا أفلس البائع بعد قيد البيع في السجل العيني وقبل تسليم العقار المبيع ، جاز للمشتري أن يأخذ عين العقار المبيع من تفليسة البائع باعتباره قد أصبح مالكا له دون أن يزاحمه فيه دائنو البائع . وهنا لا مجال للخلاف في أن الملكية تنتقل للمشتري ، حتى في العلاقة بينه وبين البائع ، من وقت قيد البيع في السجل العيني لا من وقت إبرام البيع . فليس للقيد أى أثر رجعى . وإذا صح أن يقوم خلاف في قانون الشهر العقارى فيما إذا كان للتسجيل أثر رجعى فيما بين المتعاقدين (١) ، فهذا الخلاف لا يصح أن يقوم في قانون السجل العيني ، إذ الملكية فيه تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت القيد . وليس للقيد أثر رجعى ما في ذلك من ريب . والذي دعا للخلاف في هذه المسألة في قانون الشهر العقارى هو أن الملكية فيه تنتقل بالبيع لا بالتسجيل كما أسلفنا ، فأمكن القول بأن الملكية تنتقل من وقت إبرام البيع فيما بين المتعاقدين ، ومن وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . أما في نظام السجل العيني فالملكية تنتقل بالقيد لا بالبيع كما سبق القول ، فلم يعد هناك شك في أنها لا تنتقل إلا من وقت تمام القيد ، سواء كان ذلك بالنسبة إلى الغير أو كان فيما بين المتعاقدين . فالقيد وحده هو الذى ينقل الملكية ، وبتمامه ، ومن وقت تمامه ، تنتقل ، حتى فيما بين المتعاقدين . وإذا كانت محكمة النقض تصر على أن الملكية في قانون الشهر العقارى تنتقل حتى فيما بين المتعاقدين من وقت التسجيل كما سبق أن بينا (٢) ، فليس ذلك في نظرنا إلا تعجلا لترتيب النتائج التى تستخلص من نظام السجل العيني . وقد رتبنا على

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٣٥

(٢) . أنظر آنفاً فقرة ١٣٥ .

التسجيل ما لا يترتب إلا على القيد استباقا للحوادث ، وتمهيدا لإدخال نظام السجل العيني . وتأليفا للمتعاملين على خصائص هذا النظام حتى قبل دخوله . وقد بينا أن ذلك لا يخلو من خلط بين نظامين متعارضين لكل نظام خصائصه : نظام الشهر الشخصي ونظام السجل العيني (١) .

٢ - والبيع المقيد في السجل العيني ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير . ولا يكون انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير بداهة إلا من وقت إجراء قيد

(١) أنظر آنفاً ص ٢٦٦ هامش ٢ - ونذكر هنا ، على سبيل المثال ، حالتين أخذت محكمة النقض في إحداهما بحل يتفق مع الأثر الرجعي للتسجيل وعلته بعلّة أخرى ، وأخذت في الحالة الثانية وهي تطبق قانون الشهر العقاري بحل لا يتفق إلا مع السجل العيني : (الحالة الأولى) إذا بنى البائع في الأرض المبيعة قبل تسجيل عقد البيع ، فقد اعتبرته محكمة النقض في حكم الباني بسوء نية في أرض غيره ، ولا يستقيم ذلك إلا مع القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين ، وإن كانت محكمة النقض عللت ذلك بأن البائع ملتزم بتسليم العقار المبيع بحالته التي هو عليها وقت البيع . وهذه الحالة لو طبق عليها قانون السجل العيني يختلف حلها ، إذ لا مجال للقول بالأثر الرجعي في هذا القانون كما بينا . فلا مناص إذن من القول بأن البائع قد بنى في ملكه لا في ملك غيره ، مادام أنه قد أقام البناء قبل قيد البيع في السجل العيني . فإذا طالبه المشتري بتسليم الأرض بالحالة التي كانت عليها وقت البيع ، أجبر البائع على هدم البناء وإعادة الأرض إلى أصلها . وإذا أراد المشتري استبقاء البناء ، وقبل البائع منه ذلك ، ولم يتفق معه على القيمة التي يدفعها ، طبقت قواعد الإثراء على حساب الغير ودفع المشتري أدنى القيمتين ، ما أنفقه البائع في البناء وهو القدر الذي افتقر به أو ما زاد في قيمة الأرض بسبب البناء وهو القدر الذي اغتنى به المشتري . ويجوز للبائع أن يهدم البناء مع إعادة الأرض إلى أصلها ، حتى لو أراد المشتري استبقاء البناء فهو لا يستبقيه إلا إذا رضى البائع بذلك . ويتبين مما قدمناه أننا هنا نطبق القواعد العامة ، ولا نطبق قواعد الالتصاق . (الحالة الثانية) إذا بيع عقار مجاور للعقار المبيع وتوافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب المشتري الأخذ بالشفعة قبل أن يسجل عقده ثم سجل العقد . فهنا لم تطبق محكمة النقض الأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين ، واعتبرت المشتري الذي يطلب الأخذ بالشفعة غير مالك للعقار المشفوع به إلا من وقت التسجيل ، فلا يحق له الأخذ بالشفعة . وهذا الحل لا يستقيم إلا في نظام السجل العيني ، ففإن هذا النظام لا يمكن القول بأن المشتري الذي يطالب بالشفعة أصبح بعد أن قيد عقده مالكا بأثر رجعي فيحق له الأخذ بالشفعة . ولا مناص من القول بأنه لا يملك الأرض المشفوع بها إلا من وقت قيد البيع في السجل العيني ، ومن ثم لا تتوافر فيه شروط الأخذ بالشفعة . ويجب في هذه الحالة التسليم بأن البائع للأرض المشفوع بها لا يزال مالكا مادام عقد البيع لم يقيد ، ويكون هو الذي توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة . فإن أخذ العقار المجاور بالشفعة ، جاز له عندئذ أن يبيعه لمن اشترى منه الأرض أو لغيره ، وجاز له أيضا أن يستبقيه لنفسه .

البيع في السجل العيني . فلو أن شخصا باع عقارا لمشتري ، وقبل أن يقيد هذا المشتري عقد البيع باع البائع العقار مرة أخرى لمشتري ثان وقيد هذا المشتري الثاني البيع قبل أن يتمكن المشتري الأول من قيد عقده ، فإن المشتري الثاني دون المشتري الأول هو الذي تنتقل إليه الملكية . ويكون هذا القيد صحيحا ، ويحتج به على المشتري الأول ، ولو كان المشتري الثاني سيء النية وقت أن اشترى أى كان يعلم بسبق تصرف البائع في العقار ، بل ولو كان متواطئا مع البائع ، فإن القيد في السجل العيني لا يفسده سوء النية ولا يفسده التواطؤ لأن له حجية مطلقة كما قدمنا . وهذا بخلاف التسجيل في قانون الشهر العقاري ، فقد قدمنا (١) أنه إذا كان سوء النية لا يؤثر في صحته فإن التواطؤ يفسده ، لأن التسجيل ليست له الحجية المطلقة التي للقيد . وقد رأينا أن محكمة النقض قضت بغير ذلك ، وبأن التواطؤ لا يفسد التسجيل في قانون الشهر العقاري . وقد تعجلت محكمة النقض هنا ، كما تعجلت في نفي الأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين ، النتائج التي لا تستخلص إلا من نظام السجل العيني ، وذلك سعيا منها دائما في التمهيد لاتصال نظام السجل العيني . وقد كادت في سبيل ذلك أن تعطى للتسجيل الحجية المطلقة التي للقيد ، مع فرق ما بين النظامين ، ومع ما في نظام السجل العيني من ضمانات قوية تعوز نظام الشهر الشخصي ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (٢) . ونرى أنه في نظام السجل العيني إذا اقترن القيد بالتواطؤ ، وطعن المشتري

(١) أنظر آنفا فقرة ١٣٥ .

(٢) أنظر آنفا ص ٣٧٩ هامش ٣ - وهذا ما يقوله الدكتور محمود شوقي ، وكان الأمين العام لمصلحة الشهر العقاري فخير نظام الشهر الشخصي من الناحية العملية : « ولا عبرة للقول بأن قانون تنظيم الشهر العقاري قد أخذ بجميع إجراءات نظام السجل العيني ، وعلى هذا يجب أن يكون لإجراء التسجيل حجية مطلقة قبل الكافة . إذ أن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ليس إلا خطوة تمهيدية اتخذت في سبيل الإصلاح النهائي المرتقب ، والذي يجب أن يمسك فيه السجل العيني . وهذا السجل لا يدرج فيه محرر إلا بأمر من القائم على هذا السجل ، والقائم على أمر السجل يكون عادة قاضيا من القضاة النظاميين . أما وهذا النظام العيني المحكم لم ينفذ بعد ، فلا موجب أن يقتبس منه جزء لا يتفق ونظام التسجيل الشخصي عموما ، وعلى الأخص في مصر حيث الملكية العقارية مازالت في حاجة إلى كثير من العناية والدقة لتضبط على أساس سليم » (محمود شوقي في الشهر العقاري علما وعملا ص ٣١٣ - ص ٣١٤) .

الأول الذى لم يقيد عقده بالدعوى البولصية فى البيع الصادر للمشتري الثانى الذى قيد عقده ، فان هذا الطعن لا يؤثر فى القيد بالرغم من اقترانه بالتواطؤ ، لأن القيد فى السجل العيني له حجية مطلقة كما قدمنا . ولا يستطيع المشتري الأول إلا أن يرجع بالتعويض على كل من البائع والمشتري الثانى متضامين لتواطؤهما . وذلك على أساس المسئولية التقصيرية . وإذا كان عقد البيع يفسده التواطؤ ، فان التواطؤ لا يفسد القيد ، والملكية قد انتقلت إلى المشتري الثانى بالقيد لا بعقد البيع .

المطلب الثانى

التصرفات والأحكام الكاشفة عن حق عيني عقارى أصلى

§ التصرفات والأحكام الواجبة الشهر

١٣٧ - العقود الكاشفة الواجبة الشهر : تنص المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى على أن « جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها . . . ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ، ولو كان محلها أموالاً موروثة (١) » . وينحصر هذا النص للتسجيل ، لا العقود الكاشفة فحسب ، بل أيضاً التصرفات الكاشفة الصادرة من جانب واحد ، وكذلك الأحكام النهائية الكاشفة . فالعقود الكاشفة ، الواجبة التسجيل بموجب هذا النص ، عقدان :

(١) عقد القسمة ، أى القسمة بالتراضى ، إذا وقع العقد على عقار : وقد قدمنا عند الكلام فى القسمة ، فى الجزء الثامن من الوسيط ، أنها كاشفة للحق . فاذا كان هناك عقار شائع بين عدة شركاء وأجرى الشركاء قسمته بالاتفاق فيما بينهم . كانت القسمة رضائية أى عقداً أطرافه هم الشركاء فى العقار . ولما كان أثر القسمة هو إفراز حصة كل شريك فى العقار الشائع ، فيصبح الشريك مالكا لجزء مفرز من العقار بعد أن كانت حصته شائعة فيه ، فان عقد القسمة هذا وهو يتناول الملكية فيحولها من ملكية

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق؛

م ٢١/٨ من المشروع .

ويطابق فى قانون السجل العيني المادة ٢٧ من هذا القانون .

شائعة إلى ملكية مفرزة ، يكون واجب التسجيل . وتوجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى ، كما رأينا ، تسجيل القسمة « ولو كان محلها أموالا موروثة » . والميراث هو من أهم أسباب الشيوع فى الملكية ، فاذا آل عقار بالميراث إلى عدة ورثة . فانهم يملكون هذا العقار فى الشيوع . فاذا قسموه بموجب عقد قسمة رضائية ، وجب تسجيل هذا العقد . وقد كان حق الإرث غير واجب الشهر فى عهد التقنين المدنى السابق وفى عهد قانون التسجيل ، ولم يصبح واجب الشهر إلا فى قانون الشهر العقارى . لذلك نبت رأى ، فى عهدى التقنين المدنى السابق وقانون التسجيل ، يذهب إلى أنه لما كانت القسمة كاشفة عن الحق ، فان القسمة بين الورثة تكون كاشفة عن حقوقهم لا منشئة لها ، ويكون سبب الملك هنا هو الإرث لا القسمة . وإذا كان الإرث غير واجب الشهر فى العهدين المشار إليهما ، فان القسمة بين الورثة . ويرجع سبب الملك فيها إلى الإرث كما قدمنا . لا تكون واجبة الشهر . وعيب هذا الرأى أنه إذا لم تشهر القسمة بين الورثة ، لم يستطع الغير أن يعلم إذا كان الورثة لا يزالون باقين فى الشيوع أو أنهم قسموا التركة فيما بينهم ، ولا يأمن أن يتعامل مع وارث منهم إذ لا يستطيع أن يعلم إذا كانت حصته فى التركة قد أفرزت بالقسمة أو أنها لا تزال شائعة . لذلك قضت محكمة النقض بوجوب تسجيل القسمة حتى لو كان محلها أموالا موروثة^(١) ، وردد قانون الشهر العقارى هذا الحكم بما نص عليه من وجوب تسجيل القسمة حتى « لو كان محلها أموالا موروثة » كما سبق القول .

وقد يتفق الشركاء على البقاء فى الشيوع فى العقار لمدة لا تزيد على خمس سنوات ، فلا يجوز لأحد منهم طلب القسمة قبل انقضاء هذه المدة . ولكن هذا الاتفاق لا يسرى فى حق الحلف الخاص للشريك . كمشتر الحصة هذا الشريك الشائعة ، إلا إذا سجل . فاذا سجل سرى فى حق هذا المشتري ، ولا يستطيع وقد أصبح شريكا فى الشيوع مكان سلفه أن يطلب القسمة قبل انقضاء المدة المتفق على بقاء الشيوع فيها . أما إذا لم يسجل الاتفاق ،

(١) نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٦ ص ٨٢١ .

فانه لا يسرى في حق المشتري ، ويستطيع هذا أن يطلب القسمة في أى وقت ليفرز على الأقل حصته ، ولو كان ذلك قبل انقضاء المدة المتفق عليها . ولكن يشترط أن يكون المشتري حسن النية ، أى أنه لا يعلم بوجود الاتفاق على البقاء في الشيوع فاذا كان يعلم بوجود هذا الاتفاق سرى في حقه ولو لم يسجل .

وإذا وقع في القسمة الرضائية غبن يزيد على الخمس ، جاز للشريك المغبون نقضها ، إلا إذا أكمل له الشركاء الآخرون ما نقص من حصته نقدا أو عينا . ودعوى نقض القسمة في العقار للغبن يجب تسجيل صحيفة وتسجيل الحكم فيها ، على الوجه الذى سنبينه عند الكلام في تسجيل الدعاوى (١) . فاذا أكمل باقى الشركاء حصة الشريك المغبون نقدا لوقف سير دعوى النقض ، وجب شهر السند المثبت لدفع التكملة نقدا ، سواء كان إيصالا من الشريك المغبون أو محضرا للجلسة التى تم فيها الدفع . ويكون شهر هذا السند بطريق التأشير الهامشى ، على هامش تسجيل صحيفة دعوى نقض القسمة أو على هامش تسجيل عقد القسمة نفسه ، بما يفيد هذا الدفع وانقضاء الدعوى تبعا لذلك . أما إذا أكمل باقى الشركاء حصة الشريك المغبون عينا فترتب على ذلك تعديل في أنصبة الشركاء المفروزة ، فانه يصح تحرير محضر رسمى أمام المحكمة بما جرى من التعديل في أنصبة الشركاء ، وتسجيل هذا المحضر مع التأشير بمضمونه على هامش تسجيل عقد القسمة إن كان قد تم تسجيله . ويصح كذلك أن يحرق بهذه التكملة وما تستتبع من التعديل في الأنصبة عقد بين الشركاء ، ويسجل هذا العقد بالطريقة التى تم بها تسجيل عقد القسمة الأصلى ، مع التأشير بمضمونه على هامش تسجيل عقد القسمة (٢) .

وفي قسمة المهايأة المكانية ، إذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة فانقلبت قسمة نهائية ، وجب تسجيلها عندئذ بنفس الطريقة التى يسجل بها عقد القسمة الرضائية .

(١) أنظر مايل فقرة ١٤٤ .

(٢) أنظر في ذلك محمود شوق في الشهر العقارى علما وعملا ص ٣٢٤ - ص ٣٢٥ .

(٢) عقد الصلح : وقد قدمنا عند الكلام في الصلح في الجزء الخامس

من الوسيط أنه عقد كاشف للملكية ، فيجب إذن تسجيله إذا وقع على عقار طبقا للمادة ١٠ من قانون الشهر العقاري . فاذا تصالح شخصان بعقد حرراه فيما بينهما على حقوق متنازع عليها ، وكان ضمن هذه الحقوق حق عيني عقارى أصلى ، وجب تسجيل هذا الصلح . فاذا كان النزاع على دار وأرض ، وتصلح المتنازعان على أن تكون الدار لأحدهما والأرض للآخر ، وجب تسجيل عقد الصلح في مكتب الشهر العقاري الواقع في دائرته الدار ، وكذلك في مكتب الشهر العقاري الواقع في دائرته الأرض .

وقد يتضمن الصلح حقوقا غير متنازع عليها ، وفي هذه الحالة يكون له أثر كاشف بالنسبة إلى الحقوق المتنازع عليها وأثر ناقل بالنسبة إلى الحقوق غير المتنازع عليها . فاذا تنازع شخصان على دار وتصالحا على أن يختص أحدهما بالدار في نظير أن يعطى للآخر أرضا ، فهذا الصلح له أثر كاشف بالنسبة إلى الدار وأثر ناقل بالنسبة إلى الأرض . ويجب تسجيله بالنسبة إلى الدار في مكتب الشهر الواقع في دائرته الدار طبقا للمادة ١٠ من قانون الشهر العقاري ، ومن ثم يحتج بتسجيله على الغير ، أما فيما بين المتعاقدين فلا حاجة إلى التسجيل لأن العقد يعتبر كاشفا عن الملكية كما سنرى . وكذلك يجب تسجيله بالنسبة إلى الأرض في مكتب الشهر الواقع في دائرته الأرض طبقا للمادة ٩ من قانون الشهر العقاري ، ولا يسرى قبل التسجيل لا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين لأن العقد يعتبر بالنسبة إلى الأرض ناقلا للملكية .

والحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح (jugement d'homologation) الذى تم بين الخصوم في دعوى مرفوعة بينهم أمام القضاء لا يعتبر حكما إلا من الناحية الشكلية ، وهو لا يخرج من الناحية الموضوعية عن كونه عقدا تم بين الخصوم في ورقة رسمية ، هي محضر الصلح ، وثقها القاضى في حدود سلطته الولاية . وهذا بخلاف الحكم الاتفاقى (jugement convenu) ، وصورته أن يعمد الخصمان في أثناء نظر الدعوى إلى الاتفاق على حسم النزاع بانزال ما يطلبه المدعى إلى قدر معين ، فيعدل

المدعى طلباته إلى هذا القدر ، ويسلم المدعى عليه بالطلبات المعدلة ، فلا يسع القاضى فى هذه الحالة إلا أن يقضى بهذه الطلبات . والحكم الصادر على هذا النحو إنما هو فى الواقع نتيجة صلح بين الخصمين واتفاق ، ولذلك سعى بالحكم الاتفاقى . ولكنه يختلف فى طبيعته عن الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح ، إذ هو حكم حقيقى صدر من القاضى فى حدود سلطته القضائية^(١) . وسواء كان الحكم صادرا بالتصديق على محضر الصلح أو كان حكما اتفاقيا فإنه يجب فى الحالتين تسجيله ، فيسجل فى الحالة الأولى باعتباره عقد صلح ؛ ويسجل فى الحالة الثانية باعتباره حكما كاشفا عن الحق كما سيجىء .

١٣٨ - التصرفات الماسة الصادرة من جانب واحد الواجبة الشهر :

ونذكر من هذه التصرفات الإقرار للغير بملكية عقار ، وإقرار العقد الصادر من الغير . وإجازة العقد القابل للإبطال ، وترك الحق فى التقادم . أما الإقرار (reconnaissance) للغير بملكية عقار ، فتارة يكون تصرفا إنشائيا فيجب تسجيله على أنه تصرف إنشائى بموجب المادة ٩ من قانون الشهر العقارى ، وتارة يكون تصرفا كاشفا فيجب تسجيله على أنه تصرف كاشف بموجب المادة ١٠ من هذا القانون . فإذا باع شخص عقارا لشخص آخر ولم يسجل عقد البيع ، وأراد المشتري أن يتصرف فى العقار بالبيع مثلا ، فطوبى بسند ملكيته فوجد أنه سند غير مسجل وأن البائع لا يزال مالكا للعقار . جاز لهذا البائع أو لورثته أن يوقعوا مع المشتري عند البيع الصادر من هذا الأخير مقرين بملكية المشتري للعقار . ويعتبر الإقرار بالملك فى هذه الحالة ، وإن كان تصرفا صادرا من جانب واحد ، مخفيا لتصرف بالبيع صادر من البائع أو ورثته للمشتري . ومن ثم يجب تسجيله على أنه تصرف ناقل للملك بموجب المادة ٩ من قانون الشهر العقارى . وإذا أراد مالك فى الشيوع أن يتصرف فى جزء مفرز من العقار الشائع ، ووقع العقد معه شركاؤه فى الشيوع مقرين بملكته لهذا الجزء المفرز ، اعتبر الإقرار بالملك هنا ، وإن كان تصرفا صادرا من جانب واحد ، مخفيا لقسمة بين الشركاء فى الشيوع نتج عنها إفراز حصة الشريك

(١) أنظر فى كل ذلك الوسيط ٥ فقرة ٣٥٥ .

المقرله بالملك ، ومن ثم يجب تسجيله على أنه تصرف كاشف عن الملك بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى (١) .

وإقرار العقد الصادر من الغير (confirmation) تصرف صادر من جانب واحد . فاذا باع شخص عقارا مملوكا لغيره ، وأقر المالك الحقيقى هذا البيع ، فان بيع ملك الغير هنا ينقلب صحيحا بالإقرار ، وتنتقل ملكية العقار للمشتري بالبيع . أما الإقرار الصادر من المالك الحقيقى فهو تصرف صادر من جانب واحد ، وهو إقرار كاشف لا ناقل ، ومن ثم يجب تسجيله مع البيع على أنه من التصرفات الكاشفة بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى ، أو التأشير به على هامش تسجيل البيع إن كان البيع قد سجل (٢) .

واجازة العقد القابل للإبطال (ratification) تصرف صادر من جانب واحد ، وهو فى حقيقته نزول من المتعاقد عن التمسك بحقه فى إبطال العقد ، فينقلب العقد صحيحا بهذه الإجازة . فاذا باع قاصر عقارا مملوكا له ، وعند بلوغه سن الرشد أجاز العقد ، فان ملكية العقار تنتقل إلى المشتري بالبيع . أما الإجازة فهى تصرف صادر من جانب واحد ، مثلها فى ذلك مثل إقرار بيع ملك الغير فى الفرض المتقدم . ومن ثم يجب تسجيل الإجازة مع البيع لتكون حجة على الغير ، وتسجل على أنها من التصرفات الكاشفة

(١) انظر محمود شوقى فى الشهر العقارى علما وعملا ص ٢٣٢ - ٣٣٣ - وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان مفاد إقرار صادر من المورث أن الأطيان التى اشتراها باسمه هى فى حقيقتها ملك لوالده وثمانها مدفوع من ماله الخاص ، فان هذا الإقرار ليس إلا تصرفا مقررأ للملكية لامنتحلا لها ، ويكون حجة على ورثة هذا المورث بغير حاجة إلى تسجيل وفقا للقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ (نقض مدنى ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ١١٨) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن إجازة الورثة لوصية ليست منشئة للحق ، حتى يسند التملك إلى الوارث . وعلى ذلك فاذا كان الإقرار الوارد بعقد صلح أبرم بين الورثة إنما هو إجازة من الابن لوصية صادرة من المورث للزوجة والبنات فى حدود ثلث التركة لكل منهما ، فهو إقرار مقرر صادر من الابن لهما ، ولا يلزم تسجيل عقد الصلح الذى تضمن هذا الإقرار (نقض مدنى ٧ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ١٢٦) .

بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى ، أو يؤشر بها على هامش تسجيل البيع إن كان قد سجل (١) .

وترك الحق فى التقادم (renonciation) تصرف صادر من جانب واحد ، وهو فى حقيقته نزول من الخصم عن حقه فى التمسك بالتقادم . فاذا حاز شخص عقارا المدة الواجبة للتمسك بالتقادم ، فانه لا يملك العقار بالتقادم إلا إذا تمسك به . فاذا نزل عن حقه فى التمسك بالتقادم ، فان العقار يبقى على ملك مالكة الأصل ، وسبب الملك هنا هو السبب الأصل الذى تملك به هذا المالك ، عقدا كان أو ميراثا أو وصية أو غير ذلك . أما النزول عن التقادم فهو تصرف كاشف صادر من جانب واحد . وقد كشف به الحائز للعقار عن أن المالك الأصل للعقار لا يزال مالكا له . فاذا صدر هذا النزول من الحائز فانه لا يسرى فى حق الغير إلا إذا سجل باعتباره من التصرفات الكاشفة بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى . وعلى ذلك لو تمت مدة التقادم المكسب للملكية العقار . ونزل الحائز عن التمسك بالتقادم ولم يسجل هذا النزول . ثم باع هذا العقار باعتباره مالكا إياه بالتقادم لشخص آخر ، جاز للمشتري أن يتمسك بالتقادم الذى تم لمصلحة البائع له (م ٣٨٧ و ٩٧٣ مدنى) ، ولا يحتاج عليه بنزول البائع عن التقادم لأن هذا النزول لم يسجل (٢) .

١٣٩ - النظام المطبق الواجبة الشهر : رأينا (٣) أن المادة ١٠ من

قانون الشهر العقارى توجب تسجيل « الأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية » . ويمكن القول هنا ، كما قلنا . فى الأحكام المنشئة واجبة التسجيل (٤) . أن الأحكام الصادرة بصحة التعاقد فى عقدى القسمة والصلح الواقعين على عقار هى أحكام مثبتة لوقوع عقد القسمة

(١) انظر حامد فهمى فى نظرية التصرفات الإقرارية والإنشائية فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ١٧ - ٦٣ فقرة ٢٠ - وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ١٧٧ .

(٢) انظر حامد فهمى فى نظرية التصرفات الإقرارية والإنشائية فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ١٧ - ٦٣ فقرة ٢٢ - وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ١٧٨ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ١٣٧ .

(٤) أنظر آنفا فقرة ١٣٢ .

أو لوقوع عقد الصلح ، ومن ثم تكون أحكاما كاشفة عن حق عيني عقارى أصلى . فيجب إذن تسجيلها باعتبارها أحكاما كاشفة ، بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى . ولكن قد يقال هنا أيضا إن قانون الشهر العقارى قد خص « دعاوى صحة التعاقد » بالذكر فى المادة ١٥/٢ منه ضمن "الدعاوى واجبة الشهر وكذلك الأحكام النهائية الصادرة فى هذه الدعاوى بموجب المادة ١٦ منه ، فهى إذن تسجل بموجب هاتين المادتين لا بموجب المادة ١٠ . ولكن يبقى بعد ذلك ، عدا أحكام صحة التعاقد ، أحكام كاشفة لا تتصل بعقود سابقة . بل هى تكشف بذاتها عن حقوق عينية عقارية أصلية ، فيجب إذن تسجيلها بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى . ونذكر من هذه الأحكام الحكم الصادر فى القسمة القضائية ، والحكم الاتفاقى ، والحكم بارساء المزارد على الشريك ، والحكم بارساء المزارد على الحائز للعقار .

فالقسمة إذا كانت قسمة قضائية عقارية تتم بحكم هو الذى يكشف عن حقوق المتقاسمين ، ومن ثم يجب تسجيل هذا الحكم باعتباره حكما كاشفا وذلك بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى . ولا تخضع عريضة دعوى القسمة للشهر ، لأن هذه الدعوى ليست من الدعاوى الواجب شهرها بموجب المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى ، وإنما يجب شهرها بموجب المادة ١٠ من هذا القانون كما قدمنا .

وقد رأينا (١) أن الحكم الاتفاقى (jugement convenu, jugement d'expédient) (هو حكم يتفق عليه الخصمان وذلك بالاتفاق على تعديل طلبات المدعى ، فيسلم المدعى عليه بالطلبات المعدلة ، ويصدر الحكم بالقضاء بهذه الطلبات . فالحكم إذن نتيجة صلح بين الخصمين واتفاق ، ولذلك سمي بالحكم الاتفاقى . وهذا الحكم هو حكم حقيقى صدر من القاضى فى حدود سلطته القضائية ، فاذا كان محله ملكية عقار كان حكما كاشفا عن حقوق عينية عقارية أصلية ، ووجب تسجيله على هذا الاعتبار بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى .

(١) أنظر آنفا فقرة ١٣٧ .

ورأينا (١) كذلك أنه إذا بيع العقار الشائع لعدم إمكان قسمته، ورسا المزاد على أحد الشركاء ، فإن رسو المزاد يعتبر قسمة لا بيعا . ويجب تسجيل حكم مرسى المزاد في هذه الحالة ، ولكن تسجيله يكون على اعتبار أنه حكم كاشف ، فيتم بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى .

ورأينا كذلك (٢) أنه إذا رسا مزاد العقار المرهون على الحائز لهذا العقار ، فإن هذا الحائز يعتبر مالكا للعقار بموجب سند ملكيته الأصلي ، ويكون حكم مرسى المزاد كاشفا عن الملكية لا ناقلا . ومن ثم يجب تسجيل هذا الحكم على اعتبار أنه حكم كاشف ، ويتم التسجيل بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى .

أما الحكم الصادر في دعوى نقض القسمة الرضائية للغبن ، فهو لا يدخل ضمن الأحكام الكاشفة الواجب تسجيلها بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى ، ولكن يدخل ضمن الأحكام الصادرة في دعاوى الغرض منها الطعن في تصرف هو عقد القسمة . فيجب تسجيل صحيفة الدعوى بموجب المادة ١٥/١ من قانون الشهر العقارى ، ويجب التأشير بالحكم بموجب المادة ١٦ من نفس القانون كما سيجىء .

§ ٢ - ما يترتب على الشهر من أثر

أولاً - التصرف أو الحكم قبل أنه يشهر :

١٤٠ - في قانونه الشهر العقارى : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٠

من قانون الشهر العقارى على أن « جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية . يجب كذلك تسجيلها ، ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير » (٣) .

(١) أنظر آنفا فقرة ١٣٢ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٣٢ .

(٣) بقى هذا النص على حاله في المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (م ٨/١

من المشروع) . وانظر آنفا فقرة ١٣٧ - وأضيف في آخر المادة ٨ من هذا المشروع الفقرتان ٣ و ٤ الآتيتان : « ويجوز للشريك الذى حصل على حكم نهائى بالقسمة أو بصحة التعاقد عليها أن يطلب قصر الشهر على حصته ، ما لم يترتب على هذا الشهر إنهاء حالة الشيوع . كما يجوز له قصر شهر الحكم على نصيبه في جهة معينة ، وعلى المكتب الذى تم فيه الشهر أن يخطر مكاتب الشهر الواقع بدائرتها باقى الأعيان موضوع القسمة للتأشير بذلك . وتنظم اللائحة التنفيذية طريقة الإخطار وميعاده والجهات التى يحصل بها التأشير » .

ونتخذ القسمة نموذجاً للتصرفات والأحكام الكاشفة ، كما اتخذنا البيع نموذجاً للتصرفات والأحكام المنشئة أو الناقلة أو المعدلة أو المنهية ، وذلك لنفس الاعتبار (١) .

والذى يفهم من النص سالف الذكر أن القسمة ، رضائية كانت أو قضائية ، إذا لم تسجل ، فإنها تنتج مع ذلك أثرها فيما بين المتقاسمين ، ولكنها لا تكون حجة على الغير . وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لذلك ، بأنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها ، يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسوم ، وبأنه لا يحتاج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة (٢) . والسبب فى أن القسمة تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين ولو كانت غير مسجلة أنها تكشف عن ملكية الشريك المفرزة دون أن تنشئها ، والكشف عن الملكية المفرزة فيما بين المتعاقدين أمر يقع بمجرد حصول القسمة لأن القسمة هى ذاتها التى تكشف عن ذلك . ولا محل لتراخى هذا الأثر إلى وقت تسجيل القسمة ، لأن التسجيل مهمته فى نظام الشهر الشخصى هى مجرد إعلام الغير بوقوع القسمة حتى تدخل فى حسابهم عند التعامل مع الشركاء فى العقار الذى انتهى فيه الشيوع بالقسمة . وهذا هو الذى يعلل أيضا أن القسمة لا تكون حجة على الغير إلا من وقت تسجيلها ، فقبل التسجيل يفترض أن الغير لا يعلم بالقسمة ، فمن حقه أن يتعامل مع الشركاء فى العقار باعتبار أنه باق على الشيوع .

ويترتب على أن القسمة تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين ولو لم تسجل أنه لو قسم عقار شائع بين شريكين ، اعتبر كل منهما بالنسبة إلى الآخر مالكا للحصة المفرزة التى وقعت فى نصيبه . فلو وضع أحد الشريكين يده على العقار ، كان للشريك الآخر أن يحاسبه على غلة الحصة المفرزة بالذات التى وقعت فى نصيبه ، وليس له أن يحاسبه على غلة الحصة المفرزة التى لم تقع فى نصيبه بل وقعت فى نصيب شريكه . ولو أجر أحد الشريكين الحصة

(١) أنظر آنف فقرة ١٣٣ .

(٢) نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨١ ص ٥٠٣ .

المفرزة التي وقعت في نصيبه يعتبر الإيجار صادرا من مالك ، لأن المستأجر لا يعتبر من الغير فتكون القسمة نافذة في حقه ولو قبل تسجيلها . أما إذا اجر الحصة المفرزة التي وقعت في نصيب شريكه ، فان الإيجار يعتبر صادرا من غير مالك . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه متى كان الحكم إذ قرر أن القسمة مقررة للحق وليست منشئة له ، وتسجيلها غير لازم للاحتجاج بها فيما بين المتعاقدين أو طرفي الخصومة في دعوى القسمة ، وإن كان واجبا بالنسبة إلى الغير وهم من لهم حقوق عينية على العقار محل القسمة وليس من بينهم المستأجر لأنه صاحب حق شخصي ، فان هذا الذي قرره لا خطأ فيه ويتفق مع المادة ١٠ من قانون الشهر العقاري رقم ١٤١ لسنة ١٩٤٦ (١) .

والجار الملاصق لأحد جانبي العقار المقسوم لا يعتبر هو أيضا من الغير لأنه ليس له حق عيني على هذا العقار ، فتنفذ القسمة في حقه ولو قبل تسجيلها ، ولكل من الشريكين أن يحتج عليه بالقسمة غير المسجلة ، كما أن له أن يحتج بهذه القسمة غير المسجلة على كل منهما . فاذا كانت هناك أرض شائعة بين مالكين واقتسماها ، فاختص أحدهما بالقسم الشرقي من الأرض والآخر بالقسم الغربي ، وباع الجار الملاصق للقسم الشرقي أرضه ، لم يجز للشريك الذي وقع في نصيبه القسم الغربي الأخذ بالشفعة ولو لم تكن القسمة قد سجلت . ذلك أن هذا الشريك قد اعتبر ، بالنسبة إلى الجار الملاصق ، غير مالك للقسم الشرقي الملاصق للعقار المشفوع فيه ، فلم يعد جارا ملاصقا حتى يصح له الأخذ بالشفعة ، ويستطيع الجار أن يتمسك عليه بالقسمة غير المسجلة (٢) . والذي يأخذ بالشفعة في هذه الحالة هو الشريك الذي وقع في نصيبه القسم الشرقي ، لأنه هو الجار الملاصق للعقار المشفوع فيه .

ولا يحتج بالقسمة غير المسجلة على الغير . والغير هو كل من تلقى حقا عينيا على العقار وهو لا يزال شائعا وقام بشهر عقده طبقا للقانون ، وذلك

(١) نقض مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عام

جزء ٢ ص ٨٥٥ .

(٢) نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٨ ص ٤٠٩ - ١٧ مارس

سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١١ ص ٨٥١ .

كمن اشترى قبل القسمة من أحد الشركاء في الشيوع حصته الشائعة وقام بتسجيل عقد البيع . فاذا باع شريك ، قبل القسمة أو بعدها ولكن قبل تسجيلها ، حصته شائعة في العقار المقسوم ، وسجل المشتري البيع قبل أن تسجل القسمة ، لم يجوز للشركاء أن يحتجوا عليه بالقسمة لأنها لم تسجل قبل تسجيل البيع (١) ، ويكون للمشتري طلب الحكم بتثبيت ملكيته للحصة الشائعة المباعة ، وله أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذ لا يزال العقار شائعا في حقه وقد أصبح شريكا على الشيوع فيه (٢) . أما المشتري لجزء مفرز قبل القسمة ، فلا يعتبر من الغير لأنه لم يثبت له حق عيني على العقار الشائع قبل قسمته . وقد قضت محكمة النقض بأن الغير في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه ما زال مملوكا على الشيوع ، وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة . وأما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فإنه لا يعتبر غيرا ، ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة ، إذ أن حقه في الجزء المفرز الذي انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التي تنتهي إليها القسمة ، وذلك لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ مدني من أن التصرف الذي انصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي اختص به المتصرف بموجب القسمة ،

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الغرض من تسجيل القسمة لإمكان الاحتجاج بها على الغير هو شهرها ، حتى يكون في استطاعة هذا الغير أن يعلم وقت صدور التصرف إليه من أحد المتقاسمين ما إذا كان العقار موضوع التصرف قد وقع في القسمة في نصيب المتصرف أو لم يقع (نقض مدني ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٥٨ ص ٤١٢) .

(٢) نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٦ ص ٨٢١ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٥ ص ١٣٧٥ - ولكن يجوز للمشتري في هذه الحالة أن يتمسك بالقسمة غير المسجلة في مواجهة الشركاء ، إذ أن القسمة غير المسجلة وإن لم يجوز للشركاء أن يحتجوا بها عليه يجوز له أن يحتج بها عليهم . وعلى ذلك يجوز للمشتري أن يعند بهذه القسمة ، ويستولي على حصة الشريك البائع التي أفرزت بموجب القسمة غير المسجلة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان تسجيل القسمة قد شرع لفائدة الغير وصونا لحقه ، فإنه يكون له أن يرتضي القسمة التي تمت ، ويعتبر بذلك متنازلا عن هذا الحق الذي شرع لفائدته (نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥ ص ٤٣) .

مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين ، ويترتب عليها في شأنه ما يترتب عليها في شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه بموجب القسمة . ومن ثم فانه لا يكون لمن اشترى جزءا مفرزا لم يقع في نصيب البائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة إلى ذلك الجزء ذاته ، طالما أن القسمة وإن كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه ، وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه إلى النصيب الذي اختص به البائع له بموجب تلك القسمة (١) .

(١) نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨١ ص ٥٠٣ - وانظر أيضا نقض مدني ٢ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٨٤ ص ١١٧٢ : - وقد قضى هذا الحكم بأنه إذا كان التصرف في الجزء المفرز لا حقا لإجراء قسمة لم تسجل ، فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين : (الأول) أن يكون الشريك البائع قد تصرف في نصيبه الذي خصص له في القسمة . وفي هذه الحالة تكون القسمة حجة على المشتري ، ولا يجوز له أن يتحلل منها بحجة عدم تسجيلها ، إما على أساس أنه لا يعتبر من الغير لأنه قد بني حقه على أساس القسمة التي تمت لا على أساس أن الشيوع مازال قائما ، وإما على أساس أنه بشرائه الجزء المفرز الذي اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة يكون قد ارتضاها . (الثاني) أن يقع التصرف على جزء مفرز غير الجزء الذي اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة - في هذه الحالة لا يتلقى المشتري حقه على أساس القسمة إذ هو قد أنكرها بشرائه مالم تخصصه للبائع له ، وإنما على أساس أن الشيوع مازال قائما رغم إجراء القسمة ، ومن ثم فإن المشتري إذا سجل عقده قبل تسجيل القسمة يعتبر في هذا الفرض من الغير ولا يحتج عليه بالقسمة التي تمت ، ويكون له إذا لم يرتض هذه القسمة أن يطلب إجراء قسمة جديدة . وقد قضت محكمة النقض أيضا بأنه إذا اقتسم شريكان أرضا واختص كل منهما بجزء مفرز منها ، وقبل تسجيل القسمة باع أحد الشريكين نصيبه المفرز ، فإن المشتري لهذا النصيب لا يعتبر « غيرا » بالمعنى الفني ، فليس له أن يحتج بعدم تسجيل القسمة وأن الأرض لا تزال على الشيوع ، وأنه بشرائه النصيب المفرز قد أصبح مالكا على الشيوع (نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٣) .

ويخلص من أحكام محكمة النقض ما يأتي : (١) إذا باع شريك ، قبل القسمة أو بعدها ولكن قبل تسجيلها ، حصة شائعة في العقار المقسوم ، اعتبر المشتري من الغير في القسمة ، فلا يحتج عليه بها إذا كان قد سجل سند قبل تسجيل القسمة . (٢) إذا باع شريك قبل القسمة جزءا مفرزا من العقار الشائع ، لم يعتبر المشتري من الغير في القسمة ، ويحل فيها محل الشريك البائع له ، فيخلص له الجزء المفرز الذي اشتراه ذاته إذا وقع هذا الجزء في نصيب البائع له ، أما إذا لم يقع فإن حقه ينتقل إلى الجزء المفرز الذي وقع في نصيب البائع له . (٣) إذا باع =

١٤١ - في قانونه السجل العيني : ويختلف حكم التصرف الكاشف

غير المقيد في قانون السجل العيني عن حكم التصرف الكاشف غير المسجل في قانون الشهر العقاري ، إذ قد نصت المادة ٢٧/١ من قانون السجل العيني على أنه « يجب كذلك قيد جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية ، ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم » . وهذا الحكم طبعى ، فان القيد في قانون السجل العيني ، بخلاف التسجيل في قانون الشهر العقاري ، هو الذى ينشئ الحقوق العينية أو يكشف عنها ، وليس للتصرف أثر في ذلك . فاذا لم يقيد التصرف في السجل العيني ، لم يكن له من أثر غير إنشاء التزامات شخصية بين ذوى الشأن . وإذن يكون حكم القسمة غير المقيدة في السجل العيني هو نفس حكم البيع غير المقيد في هذا السجل ، فلا تكون هذه القسمة بما تكشف عنه من حقوق عينية حجة على الغير ولا فيما بين ذوى الشأن .

= شريك بعد القسمة وقبل تسجيلها الجزء المفروز الذى وقع في نصيبه بالقسمة ، لم يعتبر المشتري من الغير في القسمة ، لأنه بنى حقه على أساس القسمة التى تمت وارتضى شراء الجزء المفروز الذى وقع في نصيب البائع له . (٤) إذا دع شريك بعد القسمة وقبل تسجيلها جزءاً مفروزاً لم يقع في نصيبه ، اعتبر المشتري من الغير في القسمة . ولا يحتاج عنه بها إذا سجل البيع قبل تسجيل القسمة ، وله إذا لم يرتض القسمة أن يعتبر نفسه مالكا في الشيوع وأن يطلب إجراء قسمة جديدة .

وإذن يجب التمييز بين ما إذا كان الشريك قد باع حصته في الشيوع ، أو باع جزءاً مفروزاً من العقار الشائع . فاذا باع حصته في الشيوع ، فإن المشتري لهذه الحصة الشائعة يعتبر دائماً من الغير ، سواء اشترى قبل القسمة أو بعدها ، لأنه قد ثبت له حق عيني على العقار الشائع ، فاذا سجل البيع قبل تسجيل القسمة لم يجز الاحتجاج عليه بالقسمة . أما إذا باع الشريك جزءاً مفروزاً من العقار الشائع ، فاذا كان البيع سابقاً على القسمة لم يعتبر المشتري من الغير وحل محل الشريك البائع له في الجزء المفروز الذى يخلص لهذا الشريك بالقسمة . وإذا كان البيع تالياً للقسمة وكان واقعاً على نفس الجزء المفروز الذى خلس بالقسمة للشريك البائع ، فإن القسمة تسرى في حق المشتري ، ويعتبر أنه قد ارتضى شراء هذا الجزء المفروز . وإذا كان البيع واقعاً على غير الجزء المفروز الذى خلس للشريك البائع ، فإن القسمة لا تسرى في حق المشتري ، وله أن يعتبر نفسه مالكا في الشيوع وأن يطلب إجراء قسمة جديدة .

أنظر في كل ذلك الوسيط ٨ فقرة ٥٨٤ في القسمة والتسجيل .

ويخلص من ذلك أن القسمة غير المقيدة في السجل العيني لا تكون حجة على الغير ، وكل ما قلناه في هذا الصدد في شأن القسمة غير المسجلة بالنسبة إلى الغير في قانون الشهر العقاري^(١) ينطبق هنا . فتحديد ما هو الغير في قانون السجل العيني هو نفس تحديده في قانون الشهر العقاري . وإذا باع شريك ، قبل القسمة أو بعدها ولكن قبل قيدها في السجل العيني ، حصة شائعة في العقار المقسوم ، كان المشتري من الغير . فإذا قيد سنده قبل قيد القسمة لم يحتج عليه بها ، وله أن يطلب تثبيت ملكيته للحصة الشائعة المبعة وإجراء قسمة جديدة ، إذ لا يزال العقار شائعا ما دامت القسمة لم تقيد . أما المشتري لجزء مفرز من العقار الشائع ، فسواء اشترى هذا الجزء المفرز قبل القسمة أو بعدها ، وإذا اشترى بعد القسمة فسواء اشترى نفس الجزء المفرز الذي وقع في نصيب البائع له بالقسمة أو اشترى جزءا مفرزا آخر . فان القسمة غير المقيدة لا تكون قد أفرزت حصة الشريك البائع بالنسبة إليه . سواء اعتبر من الغير أو لم يعتبر ، لأن القسمة غير المقيدة لا تفرز العقار الشائع بأي حال . وعلى ذلك يعتبر المشتري للجزء المفرز قد اشترى هذا الجزء من مالك لا يزال في الشيوع^٢ ، وتسرى عليه أحكام المادة ٨٢٦/٢ مدني وتنص على ما يأتي : « وإذا كان المتصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع . ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف . انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف إليه ، إذا كان مجهول أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق في إبطال التصرف » .

وكذلك لا تنتج القسمة غير المقيدة في السجل العيني أثرا في إفراز العقار الشائع ، حتى فيما بين المتقاسمين ، وهذا بخلاف القسمة غير المسجلة في قانون الشهر العقاري فقد قدمنا أنها تنتج جميع آثارها فيما بين المتقاسمين بالرغم من عدم تسجيلها . ويترتب على أن القسمة غير المقيدة في السجل العيني لا تنتج أثرها في إفراز العقار المقسوم فيما بين المتقاسمين أنه لو قسم عقار شائع بين

(١) أنظر آنفا فقرة ١٤٠ .

شريكين ولم تقيد القسمة ، اعتبر كل منهما بالنسبة إلى الآخر لا يزال
 ما لكا في الشيوع . وإذا اجر أحد منهما حصة مفرزة ، ولو كانت نفس
 الحصة التي وقعت في نصيبه بالقسمة غير المقيدة ، كان حكم إيجاره هو
 حكم إيجار حصة مفرزة صادر من مالك على الشيوع . وإذا كانت هناك
 أرض شائعة بين مالكين واقتسماها ، فاخص أحدهما بالقسم الشرقي من
 الأرض والآخر بالقسم الغربي . وباع الحار الملاصق للقسم الشرقي أرضه ،
 وكانت القسمة لم تقيد . جاز لأى من الشريكين أو لكليهما أن يأخذ بالشفعة ،
 لأنهما لا يزالان مالكين على الشيوع للأرض المشفوع بها ما دامت القسمة
 لم تقيد في السجل العيني . فهما يملكان على الشيوع كلا من القسم الشرقي
 والقسم الغربي .

نينا - التصرف أو الحكم بعد أنه شهر :

١٤٢ - في قانون الشهر العقارى : ونتخذ هنا أيضا عقد القسمة
 المسجل نموذجا للتصرف أو الحكم الكاشف المسجل . وغنى عن البيان أن جميع
 الآثار التي ترتبها القسمة قبل أن تسجل تبقى قائمة بعد أن تسجل القسمة . فتبقى
 القسمة بعد تسجيلها ، كما كانت قبل تسجيلها . منتجة لجميع آثارها فيما
 بين المتقاسمين .

وتزيد القسمة المسجلة في آثارها على القسمة غير المسجلة في أنها تكون
 حجة على الغير . وقد سبق تحديد ما هو الغير ، وكيف لا تكون القسمة
 غير المسجلة حجة عليه (١) . ولا تزيد هنا على أن نقول إنه في جميع الفروض
 التي لا تكون فيها القسمة غير المسجلة حجة على الغير ، نكون حجة عليه
 إذا ما سجلت ، ومن وقت هذا التسجيل . فإذا باع شريك بعد القسمة وقبل
 تسجيلها عقارا كان شائعا قبل القسمة ، وكان العقار المبيع لم يقع بالقسمة
 في نصيب الشريك البائع ، ولكن القسمة سجلت قبل تسجيل البيع ، فإن
 الشريك الذى وقع في نصيبه بالقسمة العقار المبيع يستطيع أن يحتج بالقسمة
 على المشتري ، ومن ثم لا يعتد بالبيع الصادر لهذا المشتري . ويكون تسجيل
 القسمة صحيحا حتى لو كان المتقاسم الذى وقع العقار في نصيبه سىء النية ،

(١) أنظر آنفا فقرة ١٤٠ .

إذ أن سوء النية لا يفسد التسجيل ، وإنما يفسده التواطؤ على الخلاف الذى بسطناه عند الكلام فى تسجيل البيع (١) .

١٤٣ - فى قانونه السجل العينى : إذا قيدت القسمة فى السجل العينى ،

فإنها تنتج جميع آثارها فى إفراز العقار المقسوم ، سواء كان ذلك بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتقاسمين . ويلاحظ أن القيد فى السجل العينى له حجية مطلقة ليست للتسجيل فى قانون الشهر العقارى ، وقد سبق أن بسطنا القول فى ذلك (٢) . فإذا قيدت القسمة فى السجل العينى ، لم يعد من الحائز الطعن فيها بالتزوير ، ولا بأنها صادرة من غير مالك . وجميع البيانات الواردة فى السجل العينى فى شأن القسمة المتيدة فيه تعتبر صحيحة ، ولها حجية مطلقة فى حق جميع الناس . ولا يفسد القيد فى القسمة ، كما لا يفسد القيد فى البيع . لا سوء النية ولا التواطؤ (٣) .

فالقسمة المتيدة تكون حجة على الغير ، فإذا باع الشريك بعد القسمة وقبل قيدها عقارا شائعا . ووقع هذا العقار بالقسمة فى نصيب هذا الشريك ، وقيدت القسمة قبل أن يقيد البيع ، احتج الشريك الذى وقع فى نصيبه العقار المبيع بالقسمة المتيدة على المشتري لهذا العقار . ومن ثم يبنى هذا الشريك مستأثرا بالعقار . ويرجع المشتري على الشريك البائع بضمان الاستحقاق .

والقسمة المتيدة تنتج أثرها فى إفراز العقار الشائع فيما بين المتقاسمين ، وكانت قبل قيدها لا تنتج هذا الأثر كما سبق القول (٤) . فإذا قسم عقار شائع بين شريكين وقيدت القسمة ، اعتبر كل منهما بالنسبة إلى الآخر ما لكا للحصة المفروزة التى وقعت فى نصيبه بالقسمة . وإذا أجر هذه الحصة كان الإيجار صادرا من مالك . أما إذا أجر الحصة المفروزة التى وقعت فى نصيب الشريك الآخر كان الإيجار صادرا من غير مالك . وإذا كانت هناك أرض شائعة بين مالكين واقتسماها ، فاختص أحدهما بالقسم الشرقى

(١) أنظر آنفا فقرة ١٣٥ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٣٦ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ١٣٦ .

(٤) أنظر آنفا فقرة ١٤١ .

من الأرض والآخر بالقسم الغربى ، وقيدت القسمة فى السجل العيني ، وباع الحار الملاصق للقسم الشرقى أرضه ، فان الشفيع هنا يكون صاحب القسم الشرقى لأنه أصبح ما لكا بالقسمة المقيدة للأرض الملاصقة للأرض المشفوع فيها . ولا يجوز لصاحب القسم الغربى أن يأخذ بالشفعة ، لأنه لم يعد ما لكا إلا لهذا القسم بعد أن قيدت القسمة ، وهو غير ملاصق للأرض المشفوع فيها .

المطلب الثالث

الدعاوى الخاضعة للشهر

§ ١ - أنواع الدعاوى الخاصة بالشهر

١٤٤ - دعاوى الطعن فى التصرفات الواجبة الشهر : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى على أنه « يجب التأشير فى هامش تسجيل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا . كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع . فاذا كان المحرر الأصيل لم يشهر ، تسجل تلك الدعاوى » (١) .

والمحررات واجبة الشهر التى يجب التأشير فى هامش تسجيلها بما يقدم ضدها من دعاوى الطعن هى المحررات التى تتضمن تصرفات ناقلة (أو معدلة أو منبهة) للحقوق العينية العقارية الأصلية (٢) وعلى رأسها عقد البيع . أو تصرفات منشئة لهذه الحقوق وعلى رأسها العقد المنشئ لحق انتفاع أو لحق ارتفاق ، أو تصرفات كاشفة عن هذه الحقوق وعلى رأسها عقد القسمة .

أما دعاوى الطعن فى هذه التصرفات التى يجب التأشير بها أو تسجيلها فهى الدعاوى التى تطعن فى وجود التصرف ، أو فى صحته ، أو فى نفاذه .

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى واسوتيق (١/١٣م من المشروع) .

(٢) وكذلك الحقوق العينية العقارية التبعية كما فى عقد الرهن . والدعوى التى يؤثر بها فى هامش قيد الرهن هى دعوى شطب الرهن . وهذه مسألة خاصة بالحقوق العينية التبعية . فلا شأن لنا بها هنا .

فالدعاوى التى تطعن فى وجود التصرف نوعان : (١) دعاوى تنكر وجود التصرف منذ البداية ، وهذه هى "دعاوى الطعن" ببطلان التصرف لسبب من أسباب البطلان المطلق (كانهدام الأهلية وفقد التمييز وعدم مشروعية المحل أو السبب) ، ودعاوى الطعن بصورية التصرف فىكون التصرف فى هذه الحالة لا وجود له منذ البداية (١) . (٢) دعاوى لا تنكر وجود التصرف منذ البداية ولكنها تهدف إلى فسخه أو إلى إلغائه . ويدخل فى هذه الدعاوى : دعاوى الفسخ فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يف أحد المتعاقدين بالتزاماته ، ودعاوى الانفساخ إذا كان العقد قد انفسخ من تلقاء نفسه لشرط فى العقد يقضى بذلك أو لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي . ودعاوى الرجوع فى الهبة لعذر مقبول وعدم وجود المانع من الرجوع ، ودعاوى حل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء لسبب يسوغ الحل (م ١/٥٣٠ مدنى) أو انحلالها بسبب طلب أحد الشركاء إخراجه من الشركة لسبب معقول إذا كانت الشركة معينة المدة (م ٢/٥٣١ مدنى) .

والدعاوى التى تطعن فى صحة التصرف يتدرج تحتها : (١) جميع دعاوى إبطال التصرف ، لسبب نقص فى الأهلية أو عيب فى الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . (٢) دعوى تقضى القسمة الرضائية ، إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس (م ٨٤٥ مدنى) . أما إكمال باقى الشركاء حصة الشريك المغبون نقدا أو عينا ، فقد سبق بيان كيفية إجراء شهره (٢) . وأما دعوى تكملة الثمن بسبب غبن يزيد على الخمس فى بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية . فهذه ، إذا قضى فيها بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل (م ٤٢٥ مدنى) ولم يف المشتري بالتزامه من دفع تكملة الثمن ، تؤول إلى دعوى فسخ ويجب شهرها كسائر دعاوى الفسخ . وقبل هذا الشهر « لا تلحق هذه الدعوى ضررا

٠ (١) والظن فى العقد بالصورية ، كما إذا طعن البائع لعقار فى عقد البيع بالصورية ، يؤول إلى دعوى استحقاق للعقار المبيع ، فيجب إذن شهر الدعوى إما باعتبارها دعوى ظن بالصورية أو دعوى استحقاق (أنظر مايل فقره ١٤٦) .

(٢) أنظر آنفا فقره ١٣٧ .

بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع » (م ٤٢٦ / ٢ مدني) .

والدعاوى التي تطعن في نفاذ التصرف يتدرج تحتها : (١) الدعوى البولصية . وهي الدعوى التي يرفعها الدائن طالبا فيها عدم نفاذ تصرف المدين في حقه إذا توافرت في هذا التصرف شروط معينة (م ٢٣٧ مدني) . (٢) دعوى عدم نفاذ الوصية في حق الورثة فيما يزيد على ثلث التركة . ويلحق بها دعوى عدم نفاذ بيع المريض مرض الموت (أو تصرفه بوجه عام) في حق ورثته فيما يزيد على ثلث التركة (م ٤٧٧ مدني) . وقبل شهر هذه الدعوى لا يسرى الحكم فيها « إضرارا بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على العين المباعة » (م ٤٧٨ مدني) (١) . ويخلص مما تقدم أن دعاوى الطعن في التصرفات واجبة الشهر ، والتي يجب التأشير بها أو تسجيلها . تشمل على الدعاوى الآتية : (١) دعوى الطعن ببطالان التصرف . (٢) دعوى الطعن بصورية التصرف . (٣) دعوى المطالبة بفسخ التصرف . (٤) دعوى تقرير انفساخ التصرف (٢) . (٥) دعوى الرجوع في الهبة . (٦) دعوى حل الشركة أو انحلالها . (٧) دعوى الطعن بابطال التصرف . (٨) دعوى نقض القسمة الرضائية للغير . (٩) الدعوى البولصية . (١٠) دعوى عدم نفاذ الوصية أو عدم نفاذ تصرف المريض مرض الموت في حق الورثة فيما يتجاوز ثلث التركة .

١٤٥ — دعاوى من التعاقب : تنص العبارة الأخيرة من الفقرة

الثانية من المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على ما يأتي : « كما يجب تسجيل

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ١٨٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الأحكام الصادرة بفسخ وجب حتما بحكم القانون ، أووقع نتيجة لشرط فاسخ صريح أو ضمني ، واجبة التسجيل باعتبار أنها أحكام مقررة . وعلى ذلك إذا كان فسخ عقد البيع المسجل الصادر من مورث الطاعنين إلى المطعون ضده أثنى قد قضى به ضمنا في الحكم الصادر برفض دعوى البائع بالمطالبة بباقي الثمن ، وكان هذا الحكم لم يسجل ، فإن المبيع يبقى في ملكية المشتري ولا تعود ملكيته للبائع (نقض مدني ٨ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٣٠ ص ١٩٦) .

دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية» (١) . ودعوى صحة التعاقد لم تكن مذكورة في قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، ولكن العمل ابتدعها بخاصة في عقد البيع تحت اسم « دعوى صحة ونفاذ العقد » منذ صدور هذا القانون ، ليواجه بها امتناع البائع عن القيام بالأعمال الواجبة لتسجيل عقد البيع ، وبخاصة التصديق على إمضائه في الورقة العرفية المثبتة لعقد البيع . فاذا ما صدر الحكم بثبوت البيع أو بصحته ونفاذه (réalisation, constatation de la vente) ، جعل منه المشتري سنداً يغنيه عن عقد البيع الصالح للتسجيل . إذ هو يثبت وقوع البيع صحيحاً نافذاً ، فيجوز إذن للمشتري أن يسجل هذا الحكم باعتباره سنداً قاطعاً على وقوع البيع ، ولا يحتاج في تسجيله إلى تدخل البائع ، ومتى سجله انتقلت إليه ملكية المبيع (٢) . بل إن العمل سار مرحلة أبعد من ذلك ، وغل يد البائع عن التصرف في العقار المبيع من وقت رفع الدعوى بصحة التعاقد ، وذلك بأن يسجل المشتري صحيفة دعوى صحة التعاقد . ومن وقت تسجيلها لا يستطيع البائع أن يتصرف في العقار ، حتى إذا صدر الحكم بصحة التعاقد بعد ذلك أشر المشتري به على هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، فيصبح أى تصرف صادر من البائع من وقت تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد غير نافذ في حق المشتري . وقد أقرت محكمة النقض العمل فيما جرى عليه من ذلك . واعتبرت دعوى صحة التعاقد دعوى استحقاق مآلاً حتى تجعلها خاضعة للشهر كدعاوى

(١) بقى هذا النص على حاله في المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والوثيق (العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ١٣ من المشروع) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى صحة التعاقد تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية . حتى إذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد في نقلها . وهذا يقتضى أن يفصل القاضى في أمر صحة البيع ، ثم يفصل في أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته ، وهل كان له عذر في هذا الامتناع أو لم يكن . ومن ثم فإن تلك الدعوى تنسحب لبحث كل ما يثار من أسباب بطلان العقد ، إذ من شأن هذا البطلان لو صح أن يحول دون الحكم بصحة العقد ونفاذه (نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٩٤ ص ٥٧٧) . ويدخل أيضاً بحث ما إذا كان العقد سورياً صورية مطلقاً ، إذ من شأن هذه الصورية لو صحت أن يعتبر العقد لاجود له قانوناً فتحول دون الحكم بصحته ونفاذه (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٦٧ ص ٤٨٦) .

الاستحقاق التي ذكرها صراحة قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ (١) .
وجاء قانون الشهر العقاري مؤيدا للعمل والقضاء ، فنص صراحة كما رأينا
في المادة ٢/١٥ على أنه « يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق
عينية عقارية » ، ورتب على تسجيلها كما جاء في المادة ١/١٧ منه - على أن
حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به على هامش تسجيل صحيفة دعوى
صحة التعاقد يكون حجة على ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ
تسجيل صحيفة هذه الدعوى (٢) .

ودعوى صحة التعاقد ، على الوجه التقدم الذكر ، أكثر ما ترفع
في خصوص مطالبة المشتري بالحكم بصحة ونفاذ عقد البيع ، وهو عقد
ناقل للملكية . ولكن لا يوجد ما يمنع من رفعها في خصوص المطالبة بالحكم
بصحة ونفاذ أى عقد آخر غير البيع ، سواء كان هذا العقد ناقلا أو منشئا
لحق عيني عقارى آخر غير حق الملكية كحق الانتفاع أو حق الارتفاق ،
أو كان كاشفا عن حق عيني عقارى . فيجوز رفع الدعوى بصحة ونفاذ
عقد المقايضة أو عقد الهبة أو عقد الشركة أو عقد الوفاء بمقابل يكون عقارا
أو عقد ينقل حق الانتفاع من المنتفع إلى غيره (بيع حق الانتفاع) ، أو عقد

(١) نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ارقم ٩١ ص ١٦٣ - وانظر الأحكام
الأخرى الصادرة من محكمة النقض بعد ذلك في هذا المعنى في الوسيط ٤ فقرة ٢٥٩ ص ٤٥٤
هامش ١ .

(٢) ولكن يجب لذلك التأشير بالحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، فلا يكتفى بتسجيل
صحيفة الدعوى وحده ، ولا صلور الحكم بصحة التعاقد إذا لم يؤشر بالحكم على هامش تسجيل
صحيفة الدعوى . وقد قضت محكمة النقض بأن تسجيل صحيفة الدعوى والحكم فيها بصحة التعاقد ،
ولو كان نهائيا ، دون التأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل الصحيفة ، لا يترتب عليه نقل
الملكية إلى المشتري بل تظل هذه الملكية للبائع ، وبالتالي يعتبر تصرفه إلى مشتري آخر صادرا
من مالك . ولا ينحول دون الحكم بصحة ونفاذ عقده مجرد تسجيل صحيفة دعوى المشتري الأول
وصلور حكم لصالحه بصحة تعاقد (نقض مدنى ١٤ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض
١٤ رقم ٤٥ ص ٢٩٨) . وانظر أيضا نقض مدنى ١٣ يونيو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام
النقض ٨ رقم ٦٤ ص ٥٧٦ .

وانظر في تفصيل دعوى صحة التعاقد : الوسيط ٤ فقرة ٢٧٤ - وانظر في دعوى صحة
التوقيع واستبعاد هذه الدعوى من المحررات الواجب شهرها : الوسيط ٤ فقرة ٢٧٥ .

ينشئ حق ارتفاق ، أو عقد يكشف عن حق الملكية العقارية كعقد القسمة :
أو عقد الصلح .

ويخلص إذن مما تقدم أن جميع دعاوى صحة التعاقد ، على النحو الذى أسلفناه ، يجب تسجيل صحائفها إذا وقعت على حقوق عينية عقارية ، كما هو صريح نص المادة ١٥/٢ من قانون الشهر العقارى فيما قدمناه .

١٤٦ - دعوى الاستحقاق العقار : تنص العبارة الأولى من الفقرة

الثانية من المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى على ما يأتى : « ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية بالعقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال » (١) .

والأصل فى دعوى الاستحقاق العقارية أن تكون المطالبة فيها بحق ملكية العقار دون الحقوق العينية الأخرى . ولا تطلق دعوى الاستحقاق (action en revendication) بمعناها المألوف على الدعوى العينية التى يطالب فيها المدعى بحق عيني عقارى آخر غير حق الملكية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق . غير أن النص سالف الذكر يوجب « تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها » . فهذا النص الواسع يشمل فى نظرنا الدعاوى الآتية :

١ - دعوى الاستحقاق العقارية بمعناها المعروف ، وهى الدعوى التى يطالب فيها بملكية عقار . ولا يقصد هنا بدعوى الاستحقاق هذه الدعوى على إطلاقها ، أى الدعوى التى يرفعها المالك الحقيقى على الحائز لاسترداد عقاره . فإن هذه الدعوى إذا سجلت وقضى للمالك الحقيقى بملكيته للعقار ، كان الحكم حجة على من اشترى العقار من الحائز ولو كان حسن النية وسجل عقد شرائه قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق ، لأنه يكون قد اشترى من غير مالك . وإنما يقصد بدعوى الاستحقاق الدعوى التى يرفعها المالك على الحائز فى الأحوال التى يكون فيها تصرف الحائز فى العقار نافذاً فى حق المالك ، كدعوى الاستحقاق التى يرفعها المالك ضد الوارث الظاهر ودعوى

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (العبارة الأولى من الفقرة الثانية من المادة ١٣ من المشروع) .

الصورية التي يرفعها البائع بعقد صوري ضد المشتري . فدعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك ضد الوارث الظاهر يجب تسجيل صحتها ، أو التأشير بها على هامش تسجيل حق الإرث الذي قام به الوارث الظاهر . فاذا باع الوارث الظاهر العقار لمشتري حسن النية وسجل المشتري عقد شرائه قبل شهر صحيفة دعوى الاستحقاق ، لم يسر الحكم بالاستحقاق في حق المشتري . أما إذا شرت صحيفة دعوى الاستحقاق قبل تسجيل البيع الصادر من الوارث الظاهر ، فان الحكم بالاستحقاق يسرى في حق المشتري من الوارث الظاهر ، ويكون حجة عليه . ودعوى الصورية التي يرفعها البائع بعقد صوري ضد المشتري منه يجب تسجيل صحتها ، أو التأشير بها على هامش تسجيل عقد البيع الصوري . فاذا باع المشتري في العقد الصوري العقار لمشتري آخر حسن النية ، وسجل هذا المشتري الآخر عقد شرائه قبل شهر دعوى الصورية ، لم يسر الحكم بالصورية في حق المشتري من المشتري بعقد صوري . أما إذا شرت دعوى الصورية قبل تسجيل البيع الصادر من المشتري في العقد الصوري ، فان الحكم بالاستحقاق يسرى في حق المشتري من المشتري بعقد صوري ويكون حجة عليه (١) .

٢ - دعوى استحقاق أى حق عيني آخر غير حق الملكية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق . وتسمى هذه الدعوى بدعوى الإقرار بحق عيني (aetion confessoire) ، إذا طالب فيها شخص بحق انتفاع أو حق ارتفاق على عقار للغير . فيجب تسجيل صحيفة هذه الدعوى ، أو التأشير بها على هامش تسجيل سند ملكية الغير المطالب بحق الانتفاع أو حق الارتفاق على عقاره . فاذا أنشأ المالك لهذا العقار نفس حق الانتفاع أو نفس حق الارتفاق لشخص آخر ، وسجل هذا الأخير سند إنشاء حقه قبل شهر صحيفة دعوى الإقرار بالحق العيني وكان حسن النية ، لم يكن الحكم الصادر لمصلحة

(١) أنظر في كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٦٣ ص ٤٦٦ هامش ٢ - وقارن حسن كيرة ص ١٤ - أنور سلطان في البيع فقرة ١٧٤ ص ١٩٨ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٠٣ ص ٣٠٥ - سليمان مرقس في الإيجار فقرة ١٢٢ ص ٢٠٥ هامش ٣ - وفي البيع والإيجار فقرة ٢١١ ص ٢٨٦ هامش ١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٩٤ ص ٣٥٥ .

المدعى فى دعوى الإقرار بالحق العينى حجة عليه . أما إذا شهرت صحيفة الدعوى قبل تسجيل سند الإنشاء ، فإن الحكم يكون حجة على من كسب حق الانتفاع أو حق الارتفاق مرة ثانية ولو كان حسن النية .

٣ - وإلى جانب دعوى الإقرار بحق عينى توجد دعوى إنكار الحق العينى (action négatoire) ، ويرفعها مالك العقار على من يتمسك بحق انتفاع أو حق ارتفاق على عقاره وينكر المالك عليه هذا الحق ، وهذه أيضا يجب تسجيل صحيفتها . فإذا باع مدعى حق الانتفاع هذا الحق لمشتري حسن النية ، أو باع مدعى حق الارتفاق عقاره المرتفق بما له من حق الارتفاق المدعى به لمشتري حسن النية ، وكان مدعى حق الانتفاع أو حق الارتفاق وارثا ظاهرا لحق الانتفاع أو للعقار المرتفق ، فإنه إذا سجل البيع قبل تسجيل صحيفة دعوى إنكار الحق العينى ، لم يكن الحكم فى دعوى إنكار الحق العينى حجة على من اشترى حق الانتفاع أو اشترى العقار المرتفق . أما إذا سجلت دعوى إنكار الحق العينى قبل تسجيل البيع ، فإن الحكم الصادر فى دعوى إنكار الحق العينى يكون حجة على من اشترى حق الانتفاع أو اشترى العقار المرتفق (١) .

١٤٧ - الدعوى الخاصة للشهر فى قانون السجل العينى : تنص

المادة ٣٢ من قانون السجل العينى على أن « الدعوى المتعلقة بحق عينى عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها يجب أن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى ، ولا تقبل الدعوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير فى السجل بمضمون هذه الطلبات » . وتحديد الدعوى الواجب التأشير بها على الوجه الوارد فى هذا النص لا يخلو من شيء من الغموض .

والأمر المحقق أن « الدعوى المتعلقة بحق عينى عقارى » تشمل دعوى الاستحقاق ودعوى الإقرار بالحق العينى ودعوى الإنكار للحق العينى ، وقد بينا فيما تقدم (٢) ما هو المقصود بهذه الدعوى . ومن ثم يجب أن تتضمن

(١) أنظر فى وجوب تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وتسجيل الحكم بثبوت الشفعة ما قدمناه آنفا فقرة ١٣٢ فى آخرها .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٤٦ .

الطلبات فيها إجراء التغيير في بيانات السجل العيني بما يقتضيه مضمون هذه الطلبات ، والتأشير في السجل بهذه الطلبات بما فيها طلب إجراء التغيير في بيانات السجل على النحو المتقدم . ونأخذ على سبيل المثال دعوى الاستحقاق . فمن الجائز ، حتى في نظام السجل العيني ، أن يقيد حق الإرث في السجل ، ثم يتبين ، بالرغم من الفحص الدقيق الذي يقتضيه هذا النظام ، أن الواردة الذي قيد حقه ليس هو الوارث الحقيقي . ويتقدم الوارث الحقيقي يطالب الوارث الظاهر باستحقاقه للعقار الموروث ، وهذه دعوى إرث أو هي دعوى استحقاق عن طريق الميراث . فيجب في هذه الحالة أن يضمن الوارث الحقيقي طلب استحقاق العقار طلب إجراء التغيير في بيانات السجل الواردة في قيد حق الإرث بما يفيد أن المالك للعقار ليس هو الوارث الظاهر بل هو الوارث الحقيقي . ويجب فوق ذلك أن يوثق الوارث الحقيقي بهذه الطلبات جميعاً أمام البيانات الواردة في السجل بشأن قيد حق الإرث ، وأن يقدم شهادة دالة على حصول هذا التأشير حتى تقبل منه دعوى الإرث أو دعوى الاستحقاق عن طريق الميراث .

والأمر المحقق أيضاً أن للدعاوى المتعلقة « بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها » تشمل دعوى الطعن ببطالان التصرف ، ودعوى الطعن بابطال التصرف ، ودعوى نقض القسمة الرضائية للغبن ، لأن هذه كلها دعاوى متعلقة بصحة التصرف . كذلك تشمل الدعوى البولصية ، ودعوى عدم نفاذ الوصية وعدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت في حق الورثة بما يجاوز ثلث التركة ، لأن هذه الدعاوى متعلقة بنفاذ التصرف . ويجب أيضاً أن تشمل دعاوى الفسخ والانفساخ والرجوع في الهبة وحل الشركة أو انحلالها والصورية ، وإن كانت هذه الدعاوى لا تتعلق بصحة التصرف أو نفاذه ، إلا أنها دعاوى يتصور رفعها بالرغم من قيد التصرف في السجل العيني ، والحكم فيها بطلبات المدعى من شأنه أن يغير من بيانات السجل . ومن ثم يجب ، في رأينا ، أن يضمن المدعى في جميع الدعاوى المتقدم ذكرها — وقد سبق بيانها فيما تقدم (١) — طلباته طلب إجراء التغيير

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٤٤ .

في بيانات السجل العيني ، والتأشير بهذه الطلبات جميعا أمام بيانات السجل المراد تغييرها ، وتقديم شهادة دالة على حصول هذا التأشير حتى يمكن قبول الدعوى (١) .
ويبدو أن قانون السجل العيني يختلف عن قانون الشهر العقاري فيما يأتي :
في قانون الشهر العقاري ، يمكن ألا يشهر المدعى دعواه ويكتفى بشهر الحكم الصادر في الدعوى ، وفي هذه الحالة لا يسرى الحكم في حق الغير إلا من وقت شهره لأن صحيفة الدعوى لم تشهر . أما في قانون السجل العيني ، إذا لم يشهر المدعى دعواه على النحو الذي بسطناه فيما تقدم ، فإن الدعوى لا تقبل منه أصلا ، فلا يتمكن بناء على ذلك من الحصول على حكم في الدعوى (٢)

(١) أما دعوى صحة التعاقد (دعوى صحة ونفاذ العقد) ، فلا تدخل ضمن الدعاوى الواجب قيدها في السجل العيني ، إذ أن الحكم بصحة التعاقد ، طبقا لأحكام قانون السجل العيني ، لا يمكن قيده في السجل ليستغنى به عن المحرر الرسمي . وعلى ذلك لم يعد هناك مجال لإدراج دعوى صحة التعاقد ضمن الدعاوى الواجب قيدها في السجل العيني . ولكن تبقى دعوى صحة التعاقد جائزة ، فيما إذا أنكر البائع صدور البيع العرفي منه أو طعن في صحته فيرفع المشتري دعوى صحة التعاقد ، حتى إذا حصل على حكم لصالحه ، وامتنع البائع مع ذلك من توثيق البيع حتى يمكن قيده في السجل العيني ، لم يبق أمام المشتري إلا مطالبة بالتعويض (أنظر ماسبق أن قررناه آنفا في هذا الصدد ص ٣٦١ هامش ١) .

ويزيد قانون السجل العيني على قانون الشهر العقاري في أنه تضمن نصا صريحا يقضي بشهر إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقيد الحكم بثبوت الشفعة ، إذ تنص المادة ٣٦ من قانون السجل العيني على ما يأتي : « يجب التأشير بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة في صحف الوحدات العقارية . ويترتب على ذلك أنه إذا تقرر حق الشفع ' بحكم قيد في السجل أن يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ التأشير المذكور » . وقد قدمنا أن نصا صريحا مثل هذا النص كان يحسن أن يشتمل عليه قانون الشهر العقاري (أنظر آنفا ص ٣٥٥ هامش ٣) .

(٢) وقد عالج قانون السجل العيني الدعاوى واجبة الشهر بموجب نصوصه والتي تكون قد رفعت قبل العمل به دون أن تشهر صحيفة الدعوى فيها ، حتى يجري عليها أحكامه بأثر رجعي . فنصت المادة ٣٣ من هذا القانون على أن « الدعاوى المشار إليها في المادة السابقة والتي تكون منظورة أمام المحاكم وقت العمل بهذا القانون ، ولم تسجل صحيفتها ، لا يجوز الاستمرار في النظر فيها إلا بعد أن تتضمن الطلبات الختامية فيها إجراء التغيير في بيانات السجل ، وبعد التأشير فيه بمضمون هذه الطلبات . ويمنح المدعون في هذه الدعاوى ميعاد شهرين من تاريخ العمل بهذا القانون لطلب هذا التأشير ، فإذا لم تقدم في أول جلسة بعد انتهاء هذا الميعاد شهادة بحصول هذا التأشير توقف الدعوى » .

§ ٢ - كيف يكونه إجراء شهر الدعاوى وما يترتب عليه من أثر

١٤٨ - كيف يكونه إجراء شهر الدعاوى فى قانونه الشهر العقارى :

يجب التمييز فى هذا الصدد بين دعاوى الطعن فى التصرفات (وجودا أو صحة أو نفاذا) ودعاوى الاستحقاق من جهة ، ودعاوى صحة التعاقد من جهة أخرى .

فأما دعاوى الطعن فى التصرفات ودعاوى الاستحقاق ، فتشهر بأحد طريقين : (١) بطريق التأشير فى هامش تسجيل التصرفات المطهون فعاً فى حالة دعاوى الطعن فى التصرفات ، أو فى هامش تسجيل سند المدعى عليه فى حالة دعاوى الاستحقاق (١) ، وذلك إذا كان التصرف المطعون فيه أو سند المدعى عليه مسجلاً . (٢) فإذا لم يكن التصرف أو السند مسجلاً ، كان شهر صحيفة الدعوى عن طريق تسجيلها استقلالاً ، إذ لم يعد التأشير بها ممكناً . وتنص المادة ١٥/١ و٢ من قانون الشهر العقارى فى هذا المعنى ، كما رأينا ، على أنه « يجب التأشير فى هامش تسجيل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى . . . فإذا كان المحرر الأصيل لم يشهر ، تسجل تلك الدعاوى . ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال . . . » .

وأما دعاوى صحة التعاقد ، فلا يكون شهرها إلا بطريق تسجيل صحائفها استقلالاً ، وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى فى هذا المعنى : « . . . كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية » .

والسبب فى هذا التمييز أن دعاوى الطعن فى التصرفات ودعاوى الاستحقاق تنصب مباشرة على تعديل حقوق قد يكون سبق تسجيلها ، فيكون شهر هذه الدعاوى إما بطريق التأشير إذا كانت هذه الحقوق قد سجلت ، أو بطريق التسجيل إذا كانت هذه الحقوق لم تسجل . أما دعاوى صحة التعاقد

(١) أنظر فى التفصيلات المتعلقة بالتأشير بصحيفة دعوى الاستحقاق آنفاً فقرة ١٤٦ .

فتنصب ، لا على تعديل حقوق سابقة ، بل على تصرفات جديدة تنقل هذه الحقوق إلى شخص جديد ، فيجب تسجيلها استقلالا .

ويخلص من ذلك أن الدعاوى الخاضعة للشهر يكون شهرها بطريق التأشير في حالات معينة ، وبطريق التسجيل في حالات أخرى . وتنص الفقرة الثالثة من المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على ما يأتي : « وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بمجدول المحكمة » . والسبب في ذلك هو عدم تمكين المدعى من شهر الدعوى إلا بعد أن يثبت أنه جاد في رفع دعواه ، بأن يقيد الدعوى بمجدول المحكمة ويعلنها (١) قبل شهر صحيفتها . ولو لم يوجب القانون قيد الدعوى وإعلانها قبل شهر صحيفتها ، لأمكن المدعى أن يشهر صحيفة الدعوى ثم لا يعلنها . فتبقى هذه الدعوى سيفا معلقا يهدد المدعى عليه ، بما يستتبعه شهر صحيفتها من تقييد حريته في التصرف في العقار محل النزاع ، إذ لا يقدم أحد على التعامل معه في هذا العقار إلا وهو يحسب حساب الدعوى التي شهرت صحيفتها . ويقف المدعى عند شهر صحيفة الدعوى ، فلا هو كف عن هذا الشهر حتى

(١) ورد في المادة ٣/١٥ من قانون الشهر العقاري كما رأينا : « وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بمجدول المحكمة » . فقدم النص إعلان صحيفة الدعوى على قيدها بمجدول المحكمة . وقد كان هذا صحيحا في تقنين المرافعات قبل تعديله ، إذ كانت المادة ١/٧٥ من هذا التقنين قبل التعديل تنص على أنه « على المدعى بعد تسلمه أصل الصحيفة المعلنة أن يقدمه لقلم الكتاب لقيد الدعوى بمجدول المحكمة في اليوم السابق لتاريخ الجلسة المحددة لنظرها على الأكثر » . ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ يعدل كثيراً من نصوص تقنين المرافعات ، ومنها المادة ٧٥ سالف الذكر ، فأصبحت الفقرتان الأولى والثانية منها يجريان على الوجه الآتي : « على المدعى أن يقدم لقلم كتاب المحكمة وقت تقديم صحيفة دعواه صوراً منها بتدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم الكتاب . ويقيد قلم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت تاريخ الجلسة المحددة لنظرها في أصل الصحيفة وصورها ، ثم يعيدها إلى المدعى ليتولى تسليمها إلى قلم المحضرين لإعلانها » . فأصبح قيد الدعوى بمجدول المحكمة ، بموجب هذا النص المعدل ، يسبق إعلانها . ولذلك وردت الفقرة الثالثة من المادة ١٣ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق ، المقابلة للفقرة الثالثة من المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري ، على الوجه الآتي : « وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد قيد الدعوى بمجدول المحكمة وإعلانها » .

لا يقيد حرية المدعى عليه في التصرف ، ولا هو مضى في الدعوى إلى أن يبت فيها ويتبين مصيرها .

وطريق آخر فتحه المشرع للمدعى عليه يعالج به رفع المدعى للدعوى الكيدية ، وشهر صحائفها تعنتا وتعسفا . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٨ من قانون الشهر العقاري على ما يأتي : « كذا للطرف ذي الشأن أن يطلب إلى القاضي (قاضي الأمور المستعجلة) محو التأشير أو التسجيل المشار إليه في المادة الخامسة عشرة ، فيأمر به القاضي إذا تبين أن الدعوى التي نأشر بها أو سجلت لم ترفع إلا لغرض كيدي محض » (١) . فيجوز إذن للمدعى عليه ، وكذلك لدائته لا فحسب بطريق الدعوى غير المباشرة بل أيضا بطريق مباشر لأنه ذو شأن ، أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة محو التأشير بصحيفة الدعوى أو محو تسجيلها إذا أثبت أن هذه الدعوى دعوى كيدية محضة ، الغرض منها غل يد المدعى عليه عن التصرف في عقاره ، أو غل يد دائته عن التنفيذ على هذا العقار .

والتأشير بصحيفة الدعوى أو تسجيلها ليس إلا إجراء تمهيديا يراد به التحضير للتأشير بمنطوق الحكم النهائي الذي يصدر في هذه الدعوى . فاذا ما صدر الحكم النهائي لصالح المدعى في الدعوى التي شهرت بصحيفتها ، كان علي هذا الأخير أن يؤشر بمنطوق هذا الحكم في ذيل التأشير بصحيفة الدعوى إذا كانت هذه الصحيفة قد أشر بها ، أو في هامش تسجيل الصحيفة إذا كانت قد سجلت . وتنص المادة ١٦ من قانون الشهر العقاري في هذا المعنى على أن « يؤشر بمنطوق الحكم النهائي في الدعوى المبينة بالمادة السابقة في ذيل التأشير بالدعوى أو في هامش تسجيلها » (٢) .

(١) بقى هذا النص على حاله في المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق (الفقرة الثانية من المادة ١٦ من المشروع) ، إلا أن نص المشروع أدق إذ يقول « كذلك لذى الشأن » بدلا من عبارة « كذا للطرف ذي الشأن » الواردة في نص قانون الشهر العقاري الحال ، وواضح أن العبارة الأولى أدق فهي تتسع لتشمل المدعى عليه والدائن وكل ذي شأن آخر .

(٢) بقى هذا النص على حاله في الفقرة الأولى من المادة ١٤ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق . وأضيف في المشروع إلى المادة ١٤ هذه فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتي : « ويتم التأشير بالنسبة للأحكام الواجب تسجيلها ، الصادرة في دعاوى الاستحقاق ودعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ، عقب تسجيل هذه الأحكام » . ويتبين من هذا النص أن الحكم النهائي في دعاوى الاستحقاق وفي دعاوى صحة التعاقد يجب تسجيله استقلالا ، ولا يكتفى بالتأشير به . بل إن التأشير به لا يجوز إجراؤه إلا بعد أن يتم تسجيل الحكم .

١٤٩ - كيف يكره إجراء شهر الدعاوى في قانونه السجل العيني :

وأينا أن المادة ٣٢ من قانون السجل العيني تنص على أن « الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها يجب أن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير في بيانات السجل العيني ، ولا تقبل الدعوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير في السجل مضمون هذه الطلبات (١) » . ويتبين من هذا النص أن شهر الدعاوى الواجبة الشهر في قانون السجل العيني يستوجب خطوات ثلاثا :

أولا - تضمين الطلبات الواردة في صحيفة الدعوى طلبا إضافيا هو إجراء التغيير في بيانات السجل العيني بما يقتضيه مضمون هذه الطلبات . فاذا كانت الدعوى مثلا بطلب بطلان عقد ، وجب أن تتضمن الطلبات طلبا بمحو القيد الخاص بهذا العقد في السجل العيني . فاذا ما خلت صحيفة العقار من هذا القيد بعد الحكم بمحوه ، رجع العقار إلى ملك المدعى بموجب للقيد السابق على القيد المحكوم بمحوه ، ويعتبر القيد المحو كأن لم يكن .

ثانيا - التأشير في السجل العيني بمضمون الطلبات في الدعوى ، بما فيها طلب إجراء التغيير في بيانات السجل العيني على النحو سالف الذكر . ثانيا - تقديم شهادة تدل على حصول التأشير على الوجه المتقدم الذكر ، ولا يجوز قبول الدعوى إلا بتقديم هذه الشهادة .

وبعد هذه الخطوات الثلاث يسار في نظر الدعوى ، بعد أن تكون صحيفتها قد شهِرت (٢) ، إلى أن يبت فيها بحكم نهائى .

ويجب أن يوثق في السجل العيني بمنطوق هذا الحكم النهائى ، إذ تنص المادة ٣٤ من قانون الشهر العقارى على أن « يوثق في السجل العيني بمنطوق الحكم النهائى الصادر في الدعاوى المبينة في المادة السابقة » .

١٥٠ - ما يترتب على شهر الدعاوى من أثر في قانونه الشهر العقارى :

تنص المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى

(١) أنظر آنف فقرة ١٤٧ .

(٢) وتنص الفقرة الثانية من المادة ٤٢ من قانون السجل العيني على ما يأتى : « وكذلك نفى الشأن أن يطلب إلى القاضى (قاضى الأمور المستعجلة) نحو التأشير المشار إليه في المادة ٣٢ (التأشير بمضمون الطلبات في الدعاوى واجبة الشهر) ، فيأمر به القاضى إذا تبين أن الدعوى التى أشر بها لم ترفع إلا لغرض كيدى محض » .

المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم موثر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما (١).

ويتبين من هذا النص أن شهر الدعاوى السابق ذكرها يكون حجة على الغير ، والغير هنا هو من ترتب له حق عيني على العقار محل الدعاوى وقام بشهره طبقا للقانون . فإذا فرض أن عقارا بيع وأن عقد البيع سجل ، ثم رفع البائع دعوى بفسخ البيع ، فقد قدمنا أنه يجب أن يوثق على هامش تسجيل البيع بصحيفة دعوى الفسخ . فإذا تصرف المشتري فى العقار بأن رهنه مثلا ، وقيد الدائن المرتهن الرهن قبل صدور الحكم فى دعوى الفسخ ، ثم صدر الحكم بفسخ البيع وللفسخ أثر رجعى إذ يعتبر العقد المفسوخ كأن لم يكن كما هو معروف ، فهل يحتاج بفسخ البيع على الدائن المرتهن فيعتبر أنه قد ارتهن من مالك قد فسخ عقده أى من غير مالك فيكون الرهن باطلا ؟ هنا يجب التمييز بين حالتين :

(١) يقابل هذا النص المادة ١٥ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى و التوثيق، وتجرى على الوجه الآتى : « ١ - يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الثالثة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا ما تقرر بحكم موثر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ٢ - على أنه إذا تم شهر هذا الحكم بعد خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا ، فلا يكون حجة إلا من تاريخ إجراء هذا الشهر . وتبدأ مدة الخمس سنوات بالنسبة للأحكام النهائية القائمة وقت العمل بهذا القانون من تاريخ العمل به . ٣ - ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما » . وقد زاد المشروع الجديد الفقرة الثانية يستحث بها شهر الحكم ، بحيث إذا لم يشهر فى خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا ، لم يكن حجة على الغير إلا من تاريخ إجراء هذا الشهر ، بدلا من أن تنسحب حجيته إلى الماضى من تاريخ شهر صحيفة الدعوى فيما إذا شهر فى خلال الخمس السنوات . والمشروع الجديد يتمشى فيما استحدثته من هذا مع قانون السجل العيني (م ٣٥ من هذا القانون وسيأتى بيانها فيما يلى فقرة ١٥١) . ولكن يلاحظ أن الفقرة الثالثة من المشروع الجديد أصبحت بهذه الإضافة المستحدثة ناقصة ، وكان الواجب أن تكون على الوجه الآتى : « ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما فى الفقرة الأولى ، أو قبل شهر الحكم المشار إليه فى الفقرة الثانية » .

(الحالة الأولى) أن يكون الدائن المرتهن قد قيد حق الرهن بعد شهر دعوى الفسخ ، أى بعد التأشير بصحيفة الدعوى على هامش تسجيل البيع وفى هذه الحالة يكون الحكم بفسخ البيع حجة عليه ، فيسترد البائع العقار بعد فسخ البيع خاليا من الرهن . ويستوى فى ذلك أن يكون الدائن المرتهن سىء النية أو حسن النية ، فلو أنه كان لا يعلم وقت أن ارتهن العقار أن هناك دعوى مرفوعة بفسخ البيع أى لو أنه كان حسن النية ، فإن الحكم بالفسخ يكون مع ذلك حجة عليه . ذلك لأن شهر صحيفة الدعوى يفرض معه فرضا غير قابل لإثبات العكس أن الدائن المرتهن كان يعلم ، أو كان ينبغى أن يعلم ، بسبق رفع دعوى الفسخ ، إذ كان من الواجب عليه قبل أن يقدم على ارتهان العقار أن يبحث فى سجلات الشهر العقارى فيجد أن صحيفة دعوى الفسخ قد شهِرت . ويلاحظ أن شهر الحكم النهائى بالفسخ على الوجه الذى قدمناه^(١) يكون على هذا النحو له أثر رجعى ، فإن هذا الحكم يحتج به على الدائن المرتهن ، لا من وقت شهره فحسب ، بل أيضا من وقت شهر صحيفة الدعوى بالفسخ التى صدر فيها هذا الحكم ، أى من وقت متقدم على الوقت الذى شهر فيه الحكم . وهذا الأثر الرجعى هو الأمر الجوهري المقصود بشهر صحيفة الدعوى ، فما تطلب ألقانون شهر صحيفة الدعوى إلا ليُجعل لشهر الحكم الصادر فى هذه الدعوى أثرا رجعيا ينسحب إلى وقت شهر الدعوى . فمنع القانون بهذه الطريقة المدعى عليه ، عندما ترفع عليه الدعوى ، من أن يندفع إلى التصرف فى العقار قبل صدور الحكم النهائى إذا توقع أن هذا الحكم سيصدر لغير صالحه . وذلك بأن أوجب شهر صحيفة الدعوى حتى يكون الشهر حجة على من يتصرف له المدعى عليه ، وجعل لشهر الحكم النهائى أثرا رجعيا يستند إلى وقت شهر صحيفة الدعوى ، فيصبح الحكم حجة على الغير الذى تصرف له المدعى عليه .

(الحالة الثانية) أن يكون الدائن المرتهن قد قيد الرهن قبل شهر دعوى الفسخ . فى هذه الحالة لا يكون الحكم النهائى بالفسخ ، حتى لو شهر ،

(١) أنظر آنفا ص ٤٠٩

حجة عليه ، ويبقى حق رهنه قائما بالرغم من فسخ البيع ، ويسترد البائع العقار من تحت يد المشتري بعد فسخ البيع محملا بحق الرهن . ولكن يشترط في ذلك أن يكون الدائن المرتهن وقت أن ارتهن العقار حسن النية ، أى لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم أن هناك سببا لفسخ البيع ويعتقد أن ملكية المشتري الراهن ملكية باثة لا عيب فيها ولا تقبل النقض^(١) . فاذا كان سىء النية يعلم بعيب في ملكية المشتري أو أنها ملكية معرضة للفسخ ، كان الحكم النهائي بالفسخ إذا شهر حجة عليه فيزول حق الرهن بحكم الأثر الرجعى للفسخ ، ويسترد البائع العقار من تحت يد المشتري خاليا من الرهن .

وإذا فرض أن الدعوى المرفوعة ، بدلا من دعوى الفسخ ، هى دعوى صحة التعاقد (مثلا دعوى صحة ونفاذ البيع) وشهر المشتري صحيفة الدعوى ، فاذا كان البائع قد باع العقار مرة ثانية وسجل المشتري الثانى عقده بعد شهر صحيفة دعوى صحة ونفاذ البيع ، فان الحكم النهائي الذى يصدر فى الدعوى متى شهر يكون حجة على المشتري الثانى كما سبق القول فى الحالة الأولى . أما إذا سجل المشتري الثانى عقده قبل شهر صحيفة الدعوى ، فان

(١) كانت المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى تنص فى فقرة ثالثة على ما يأتى : « ويعتبر الغير حسن النية إذا كان لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب الذى تستند إليه الدعوى » . وقد تبين أن ذكر هذه الفقرة جاء على سبيل الخطأ المادى ، ولذا صدر مرسوم فى ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٤٧ بحذفها تصحيحا للنص (الوسيط ٤ فقرة ٢٦٣ ص ٤٦٧ هامش ١) .

وتنص المادة ١٠٣٤ مدنى على أنه « يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن » . ويمكن اعتبار هذا النص تطبيقا للمادة ١٧ من قانون الشهر العقارى ، بفرض فرضا غير قابل لإثبات العكس أن الدائن المرتهن يكون سىء النية إذا كان قد قيد رهنه بعد شهر صحيفة دعوى الفسخ كما سبق القول ، وذلك لتوفيق ما بين النصين (الوسيط ٤ فقرة ٤١٠ ص ٨٢٩ - وانظر أيضا الوسيط ١ فقرة ٣٤١ و فقرة ٤٧٩) . والغير الذى كسب حقه وشهره قبل شهر صحيفة الدعوى يجب أن يكون قد كسب هذا الحق بعقد جدى لا بعقد صورى ولا بعقد باطل ، لأن الشهر لا يمكن أن يرتب للعقد الصورى ولا للعقد الباطل آثارا قانونية لم تكن له قبل الشهر ، فيقف فى مضمار المفاضلة مع عقد جدى ولو كان غير مسجل (أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٦٣ ص ٤٦٧ هامش ١ والأحكام المشار إليها فيه) . وانظر أنور سلطان فى البيع الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ فقرة ١٧٥ ص ٢١١ - حسن كيرة ص ١٣ .

الحكم النهائي الصادر في دعوى صحة التعاقد ، حتى لو شهر ، لا يكون حجة عليه ، بشرط أن يكون حسن النية . وحسن النية هنا ليس معناه مجرد عدم علم المشتري الثاني يسبق صدور بيع من البائع ، فان المشتري الثاني في دعوى صحة التعاقد لا يكون سيء النية إذا سبق إلى التسجيل ، ولا يكون تسجيله باطلا ، إلا إذا كان متواطئا مع البائع للإضرار بالمشتري الأول (١) ، وقد قدمنا أن التسجيل في قانون الشهر العقاري لا يبطله إلا التواطؤ (٢) .

١٥١ - ما يترتب على شهر الرعاوى من أثر في قانون السجل العيني :

تنص المادة ٣٥ من قانون السجل العيني على أنه « يترتب على التأشير بالدعوى في السجل العيني أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأثبتت لمصلحتهم بيانات في السجل ابتداء من تاريخ التأشير بهذه الدعوى في السجل . وتبدأ مدة الخمس السنوات بالنسبة إلى الأحكام

(١) ويجب التمييز بين تحديد معنى حسن النية بالنسبة إلى دعوى الطعن في التصرف (كدعوى الفسخ ودعوى الإبطال) ودعوى الاستحقاق ، وتحديد معنى حسن النية بالنسبة إلى دعوى صحة التعاقد . وبعد أن حذفت الفقرة الثالثة من المادة ١٧ من قانون الشهر العقاري على الوجه السابق بيانه (أنظر آنفا ص ٤١٣ هامش ١) ، وهي الفقرة التي كانت تحدد معنى حسن النية ، أصبح القضاء حراً في تحديد هذا المعنى في الحالات المختلفة ، كل حالة بما يلائمها . فحسن نية المشتري بالنسبة إلى دعوى الطعن في التصرف ودعوى الاستحقاق يجب أن يكون عدم العلم بعيب سند البائع وقت تعاقد المشتري معه في دعوى الطعن في التصرف ، أو عدم العلم بانعدام هذا السند بتاتا في دعوى الاستحقاق . أما في دعوى صحة التعاقد ، فلا يصح أن يكون مجرد علم المشتري الثاني بسبق تصرف البائع في العقار نافيا لحسن نيته . فالتصرف السابق غير مسجل ولا يزال البائع مالكا لما يبيع ، ومن حق المشتري الثاني أن يشتريه من المالك ولوسبق للمالك التصرف فيه ، فقد يكون هذا التصرف معيبا ، والمالك على كل حال لم يتجرد عن ملكيته . وإنما يكون المشتري الثاني سيء النية إذا تواطأ مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول ، بأن أقدم على الشراء وهو عالم بالبيع الأول متواطئا في ذلك مع البائع ، وبادر إلى تسجيل عقده قبل أن يتمكن المشتري الأول من شهر صحيفة دعواه بصحة ونفاذ البيع الأول . أنظر في ذلك ما قدمناه في الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٤٨ - ص ٥٥٠ - شفيق شحاتة فقرة ١٩٦ . وانظر في مجاوزة واضعي قانون الشهر العقاري للغرض الذي قصدوا إليه عندما نقلوا المادة ٢/١٧ من قانون الشهر العقاري من المادة ٢/١٢ من قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ : الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص ٥٤٨ هامش ١ .

(٢) أنظر آنفا ص ٣٧٣ - وقارن حسن كيرة ص ١٤ - ص ١٥ .

النهائية القائمة وقت العمل بهذا القانون من تاريخ نفاذ القرار المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار . ويتبين من هذا النص أنه يجب التمييز بين حالتين :

(الحالة الأولى) أن يؤثر بالحكم النهائي الصادر في الدعوى التي شُهرت صحيفة في السجل العيني في خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورة الحكم نهائياً (١) . وفي هذه الحالة يكون الحكم النهائي حجة على الغير ، ممن ترتبت لهم حقوق عينية على العقار وأثبتت لمصلحتهم بيانات في السجل العيني ، بأثر رجعي ينسحب إلى وقت شهر صحيفة الدعوى . فإذا كانت الدعوى يطالب فيها البائع بفسخ بيع عقار صادر منه ومقيد في السجل العيني ، وكان المشتري قد رتب رهنا على هذا العقار ، ولكن البائع شهر صحيفة دعوى الفسخ قبل أن يقيد الدائن المرتهن حق رهنه في السجل العيني ، فإن الحكم النهائي الصادر بفسخ البيع إذا أُشِر به في السجل يستند أثره إلى الماضي أي إلى وقت شهر صحيفة دعوى الفسخ ويكون حجة على الدائن المرتهن ولو كان حسن النية ، فيزول الرهن ، ويسترد البائع من المشتري العقار خالياً من هذا الحق . أما إذا قيد الدائن المرتهن حق رهنه في السجل

(١) والأحكام التي صدرت أو تصدر قبل العمل بقانون السجل العيني ، والتي لم تكن قد أُشِر بها طبقاً لأحكام قانون الشهر العقاري التي صدرت أو تصدر هذه الأحكام في ظله ، ينسحب عليها قانون السجل العيني بأثر رجعي ، ويوجب هذا القانون التأشير بها في خلال خمس سنوات ، لامن وقت صيرورتها نهائية وإلا كان في ذلك عنت لا مبرر له إذ يحتمل أن يكون قد انقضى هذا الميعاد أو كاد ينقضي وقت العمل بقانون السجل العيني ، بل من وقت العمل بقانون السجل العيني . فيكون أمام من صدرت هذه الأحكام لمصلحتهم خمس سنوات كاملة للتأشير بهذه الأحكام ، ويتساوون بذلك مع من تصدر أحكام لمصلحتهم منذ العمل بقانون السجل العيني فهو لا أمامهم أيضاً خمس سنوات كاملة منذ صيرورة الأحكام نهائية للتأشير بها .

ويلاحظ أن من صدرت أحكام لمصلحتهم في ظل قانون الشهر العقاري كان لهم ، بموجب أحكام هذا القانون الأخير ، أن يؤثر بأحكامهم في أي وقت ولو بعد انقضاء خمس سنوات ، فينسحب أثر التأشير بالحكم إلى وقت شهر صحيفة الدعوى . فإذا ما أدركهم قانون السجل العيني ولم يكونوا قد أشروا بأحكامهم ، لا يصبح أمامهم إلا خمس سنوات منذ نفاذ قانون السجل العيني للتأشير بأحكامهم . فإن انقضى هذا الميعاد دون أن يؤثر بهذه الأحكام ، ثم أشروا بها بعد ذلك ، فإن أثر التأشير لا ينسحب إلى وقت شهر صحيفة الدعوى ، بل لا يكون للتأشير أثر إلا من وقت التأشير بالحكم .

العيني قبل شهر صحيفة دعوى الفسخ ، فان الحكم بالفسخ ، حتى لو أشر به في السجل العيني ، لا يكون حجة على الدائن المرتهن ، ويبقى حق رهنه قائما بالرغم من فسخ البيع ، ويسترد البائع من المشتري العقار محملا بهذا الحق . وهنا ، في قانون السجل العيني بخلاف قانون الشهر العقاري ، لا يشترط أن يكون الدائن المرتهن حسن النية حتى يظل حق رهنه قائما . فما دام هذا الدائن قد قيد حق رهنه في السجل العيني قبل شهر صحيفة دعوى الفسخ ، فان لقيد حقه حجية مطلقة لا يزيلها سوء النية بل ولا التواطؤ ، فيبقى حقه قائما محتج به على البائع حتى بعد صدور حكم نهائي بفسخ البيع وبعد استرداد البائع العقار المرهون من تحت يد المشتري ، فيسترده مثقلا بحق الرهن .

(الحالة الثانية) أن يؤثر بالحكم النهائي الصادر في الدعوى التي شهِرت صحيفة في السجل العيني ويكون التأشير بعد انقضاء خمس سنوات من وقت صيرورة الحكم نهائيا . وفي هذه الحالة لم يرد المشرع في قانون السجل العيني أن يمنح من صدر الحكم لصالحه الميزة التي منحها له فيما لو أشر بالحكم في خلال الخمس السنوات ، فسكت عن أن يجعل للتأشير بالحكم أثرا رجعيا يستند إلى وقت شهر صحيفة الدعوى ، وذلك جزاء له على تأخره في التأشير بالحكم ، وحثا لمن صدرت أحكام لمصلحتهم على ألا يتأخروا عن التأشير بها أكثر من خمس سنوات . ومن ثم تسرى القواعد العامة في هذه الحالة ، ولا ينتج التأشير بالحكم - ونفرضه حكما بفسخ البيع - أثره إلا من وقت التأشير به في السجل العيني ، دون أثر رجعي يستند إلى وقت شهر صحيفة دعوى الفسخ . وعلى ذلك إذا ترتب حق رهن مثلا على العقار ، وقيد الدائن المرتهن حقه في السجل العيني بعد التأشير بحكم الفسخ ، كان الحكم حجة على هذا الدائن وزال حق رهنه بفسخ البيع ، واسترد البائع من تحت يد المشتري العقار خاليا من هذا الرهن . أما إذا قيد الدائن المرتهن حق رهنه قبل التأشير بحكم الفسخ ، ولو بعد رفع دعوى الفسخ ، بل ولو بعد شهر صحيفة هذه الدعوى ، فان التأشير بالحكم بالفسخ لا يكون حجة على الدائن المرتهن ، حتى لو كان سيء النية أي كان يعلم وقت أن ارتهن العقار أن

هناك دعوى مرفوعة بفسخ البيع ، بل ولو كان متواطئاً مع المشتري .
 فيبقى حق رهنه قائماً بالرغم من فسخ البيع ، ويسترد البائع من تحت يد
 المشتري العقار المرهون مثقلاً بهذا الحق . ذلك أن قيد الرهن في السجل
 العيني له حجية مطلقة كما قدمنا لا يزيلها سوء النية ولا التواطؤ ، ثم إن
 البائع لم يؤثر بحكم الفسخ إلا بعد خمس سنوات من صيرورة الحكم نهائياً ،
 فيكون قيد الرهن حجة عليه إلى وقت التأشير بالحكم ، حتى لو كان قد
 شهر صحيفة دعوى الفسخ قبل ذلك .

المبحث الثاني

إجراءات الشهر

المطلب الأول

إجراءات الشهر في قانون الشهر العقارى

١٥٢ - **محرر الموضوع :** نوجز القول في إجراءات الشهر في قانون

الشهر العقارى ، فهي إجراءات تغلب فيها الناحية العملية ، ويرجع فيها
 إلى ما جرى عليه العمل في مكاتب الشهر العقارى وهو ما يضيق عنه هذا
 الكتاب .

ونستبعد من بحثنا : (١) تنظيم مكاتب الشهر ، ويمكن الرجوع إلى
 قانون الشهر العقارى (فى الباب الأول منه) للإلمام بهذا التنظيم (١) .

(١) أنشأ قانون الشهر العقارى مكاتب للشهر العقارى فى المديرىات والمحافظات ، يعين
 بمرسوم دائرة اختصاص كل منها ، وتولى شهر المحررات التى تقضى القوانين بتسجيلها
 أو بقيدها . ويلحق بكل مكتب مأمورىات ، يعين بقرار من وزير العدل اختصاص كل منها .
 وأنشأ القانون مكتباً رئيسياً مقره مدينة القاهرة يرأسه أمين عام ، ويتولى إدارة مكاتب الشهر
 العقارى ومراقبتها وحفظ صور لجميع المحررات التى شهرت فيها وصور من الفهارس
 الخاصة بها . وتقوم مكاتب الشهر بإثبات المحررات فى دفاتر الشهر والتأشير عليها بما يفيد
 شهرها ، وبتصوير المحررات التى يطلب شهرها ، وبمحافظة أصول المحررات التى شهر وموافاة
 الجهات المختصة بصور منها ، وباعداد فهارس المحررات التى شهر ، وبالتأشيرات الهامشية
 وإرسال صور منها للمكتب الرئيسى ، وبإعطاء الصور التى تطلب من المحررات التى تم شهرها ،
 وبالترخيص فى الإطلاع والكشف النظرى . ونص القانون على صدور مرسوم بلائحة تنفيذية
 تشتمل على تنظيم دفاتر الشهر ودفاتر الفهارس ، وعلى التنظيم الداخلى لمكاتب الشهر العقارى

(٢) إجراءات قيد الحقوق العينية التبعية (في الباب الخامس من قانون الشهر العقاري) ، لأن الكلام فيها يكون عند الكلام في التأمينات العينية في الجزء العاشر من الوسيط . (٣) إجراءات شهر حق الإرث (في الباب السادس من قانون الشهر العقاري) ، فقد سبق بيانها (١) . (٤) وقد مضى القول في المحررات الواجب شهرها (في الباب الثاني من قانون الشهر العقاري) . وهو ما قدمناه في المبحث الأول . أما الباب السابع والأخير من قانون الشهر العقاري ، فيعرض لأحكام وقتية ، سيأتى بيان بعضها في موضعه .

فلا يبقى من أبواب قانون الشهر العقاري إلا بابان : الباب الثالث في إجراءات الشهر بوجه عام ، والباب الرابع في التأشيرات الهامشية . ونقتصر - في إيراد إجراءات الشهر موجزة - على هذين البابين . ويتبين من الرجوع إليهما أن هناك مسائل أربعة تستوجب البحث : (١) طلب الشهر والتأشير عليه بقبول إجراء الشهر . (ب) مشروع المحرر المراد شهره والتأشير عليه بصلاحيته للشهر . (ج) توقيع المحرر وعملية التسجيل . (د) التأشير الهامشي .

والمأموريات وسير العمل فيها . وقد صدر هذا المرسوم فعلا باللائحة التنفيذية في ١٤ أغسطس سنة ١٩٤٦ .

أما المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق فينشئ في كل محافظة مكتبا للشهر العقاري والتوثيق ، وتتبع هذه المكاتب مصلحة الشهر العقاري والتوثيق . ويلحق بكل مكتب مأموريات للشهر والتوثيق ، يعين بقرار من وزير العدل دائرة اختصاص كل منها . وتتولى مصلحة الشهر العقاري والتوثيق إدارة مكاتب الشهر العقاري والتوثيق ومراقبتها ، وحفظ صور المحررات التي شهرت أو وثقت فيها وصور من الفهارس الخاصة بها . واختصاصات مكاتب الشهر العقاري في المشروع مماثلة تقريبا لاختصاصات هذه المكاتب في قانون الشهر العقاري .

وتنشئ المادة ٣ من قانون الشهر العقاري مجلس للشهر العقاري - رئيسه الأمين العام وأعضاؤه ستة يعينون بقرار من مجلس الوزراء لمدة ثلاث سنوات يكون من بينهم من يمثل جهة القضاء ومصلحة المساحة وبيوت الاثمان العقاري - تعرض عليه مشروعات القوانين واللوائح والقرارات والمنشورات المتعلقة بالشهر العقاري ، وله اقتراح ما يرى إدخاله على نظام الشهر من تعديلات ، وبحث ما يقدم إليه من اقتراحات في هذا الشأن . وقد ألغى المشروع الجديد هذا المجلس ، إذ لم يشر إليه في نصوصه .

(١) أنظر آنفا فقرة ٦٨ وفقرة ٧٠ .

١٥٣ - طلب الشهر والتأشير عليه بقبوله للشهر : يقدم طلب الشهر ، من أصل وصورتين . للمأمورية التي يقع العقار في دائرة اختصاصها . موقعا عليه من صاحب الشأن^(١) أو من يقوم مقامه قانونا كوكيل أو ولى أو وصى أو قيم^(٢) . ويجب أن يشتمل ، فضلا عما يتطلبه القانون في أحوال خاصة ، البيانات الآتية : (أولا) البيانات الدالة على شخصية كل طرف ، وعلى الأخص اسمه ولقبه وسنه وجنسيته ومحل إقامته^(٣) واسم أبيه وجده لأبيه . ويجب أن يتبين صفة مقدم الطلب ، كما في حالة قيام وكيل أو وصى أو قيم بأجراء الشهر ، ويرفق بالطلب التوكيل أو قرار المحكمة أو أى مستند آخر يفيد هذه الصفة . (ثانيا) البيانات اللازمة والمفيدة في تعيين العقار ، وعلى الأخص بيان موقعه وحدوده ومساحته . فإن كان من الأراضي الزراعية وجب ذكر اسم الناحية والحوض ورقم القطعة . وإن كان من أراضي البناء أو من العقارات المبنية وجب ذكر اسم القسم والشارع والحارة والرقم إن وجد . وإذا اقتضى التصرف تغييرا في دفاتر المكلفة ، وجب أن يتضمن الطلب بيانا عن رقم المكلفة الخاصة بالعقار وسننها واسم صاحب التكليف حسبما هو ثابت في آخرورد للمال أو قسيمة العوايد أو من واقع مستخرج رسمى من دفاتر المكلفات . ويقرن الطلب بما يؤيد بيانات التكليف من مستندات ليتسنى للمأمورية مراجعتها واتخاذ اللازم نحو إجراء التغيير في دفاتر المكلفات ، حتى تكون كاشفة عن جميع التطورات التي طرأت على الملكية العقارية . ويجب أيضا أن يتضمن الطلب بيان الحقوق العينية المقررة على العقار ، وعلى الأخص ارتفاعات الرى والصرف .

(١) وليس من الضروري أن يوقع الطلب جميع أصحاب الشأن في المحرر ، بل يكفي توقيع أحد أطراف التعاقد ، المتصرف أو المتصرف إليه إذا كان الطلب يتعلق بعقد أو إشهاد . وفى غير ذلك من المحررات ، كصحف الدعاوى والأحكام ، يكفي أن يوقع الطلب من كان المحرر لصالحه .

(٢) أنظر العبارة الأخيرة من المادة ١٩ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق .

(٣) ويصح الاكتفاء بذكر محل الإقامة المختار ، فيصبح كل إخطار يوجه إلى صاحب الشأن فيه صحيحا وملزما قبل مصلحة الشهر العقارى .

(ثالثاً) بيان موضوع المحرر المراد شهره ، وبيان المقابل (من ثمن أو بدل) أو مقدار الدين (في حالة الرهن) إن وجد . (رابعاً) البيانات الخاصة بأصل حق الملكية أو الحق العيني محل التصرف ، وذلك في العقود والإشهادات وأحكام صحة التعاقد^(١) . ويجب أن تشمل هذه البيانات على اسم المالك أو صاحب الحق العيني السابق ، وطريق انتقال الملكية أو الحق العيني إليه ، ورقم وتاريخ شهر عقد التملك إن كان قد شمر . ويقرن الطلب بالأوراق والمستندات المؤيدة لهذه البيانات^(٢) . ولا يقبل من المحررات ، فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني ، إلا المحررات الآتية : (١) المحررات التي سبق شهرها ، في حالة تلقى البائع أو الراهن الملكية بعقد أو حكم سبق شهره يكتب بتقدمه . (٢) التصرفات التي تتضمن تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت تم قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ تاريخ العمل بقانون الشهر العقاري ، والمقصود بذلك الوصية لأنها لم تكن خاضعة للشهر قبل هذا التاريخ . ويشترط أن تكون الوصية قد تمت ، ومات الموصى ، وقبلها الموصى له ، قبل أول

(١) وقد اعتبر الحكم بصحة التعاقد مجرد إثبات لحصول التعاقد ، فلا يعنى طالب الشهر من تقديم جميع المستندات التي يقدمها صاحب الشأن في العقود والإشهادات غير المتنازع عليها فلم تقتض استصدار حكم بصحة التعاقد . ولو سح بشهر حكم صحة التعاقد دون مراجعة ، لأمكن من يشاء التحلل من تقديم المستندات المثبتة لأصل حق الملكية أن يتوطأ مع المتعاقد الآخر على إقامة دعوى بصحة التعاقد ، ثم شهر الحكم الذي يصدر دون تقديم المستندات . هذا وقد زادت المادة ٢١ (سادساً) من المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق ، على العقود والإشهادات وأحكام صحة التعاقد ، ما يأتي : « أحكام القسمة ، وأحكام تثبيت الملكية إذا بنيت على الإقرار بأصل الالتزام أو على التسليم للمدعى بطلباته ، وكذلك توثيق الصلح بين الخصوم أو إثبات ما اتفقوا عليه في محضر الجلسة ، وأوامر الاختصاص » . وذلك حتى لا تشهر أحكام يحتمل أن يكون الخصوم قد تواطؤوا على استصدارها ، وحتى يقضى على كل محاولة في الاستيلاء على أملاك الغير عن طريق هذا التواطؤ .

(٢) وقد نص المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق (م ١٩) على أن تقدم طلبات الشهر « على النموذج المعد لذلك في مقابل رسم قدره خمسون مليماً لكل وحدة » . وأريد بوضع نموذج لطلب الشهر التيسير لجمهور المتعاملين في أن يعرفوا ما يجب أن يتضمنه الطلب من البيانات وما يجب تقديمه من المستندات ، فيمكن الطالب أن يعتمد على نفسه في إعداد الطلب . وقد أعد أيضاً مشروع قانون بتنظيم مهنة الوساطة في أعمال الشهر ، بحيث لا يتولاها إلا من يجيدها ويكون معروفاً بحسن الخلق فلا يستغل الجمهور .

يناير سنة ١٩٤٧ ، فلا عبرة إذن بتاريخ تحرير الوصية ، ولا بتاريخ وفاة الموصى ، بل العبارة بانتقال الملكية إلى الموصى له قبل هذا التاريخ . (٣) المحررات التي ثبت تاريخها قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ تاريخ العمل بقانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، لأن الملكية كانت تنتقل قبل هذا التاريخ فيما بين المتعاقدين بغير تسجيل ، فالعقد الذي ثبت تاريخه قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ يعتبر في حكم العقد المسجل من حيث انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين . ويشترط أن يكون ثبوت التاريخ عن غير طريق وجود ختم أو توقيع لإنسان توفي ، فقد شوهد من استقراء الحوادث أن كثيرا من المتعاملين يلجأون إلى إثبات تاريخ عقود غير ثابتة التاريخ عن طريق ختمها بختم إنسان توفي قبل سنة ١٩٢٤ وترك ختمه بعد وفاته ، أو عن طريق تزوير توقيعهم على هذه العقود (١) . (٤) المحررات التي تحمل تاريخا غير ثابت سابقا على سنة ١٩٢٤ ، إذا كان قد أخذ بها في محررات تم شهرها أو نقل التكليف بموجبها لمن صدرت لصالحه . فما دام العقد غير ثابت التاريخ قد اعتبر مستندا لأصل الملكية في محرر تم شهره أو نقل التكليف بموجبه ، فقد وجب أن يعتبر مستندا لأصل هذه الملكية في ظل قانون الشهر العقاري . وقد أضافت المادة ٥٥ من هذا القانون (في أحكامه الوقتية) ، إلى المستندات التي تعتبر أصلا للملكية ، المحررات التي تحمل تاريخا غير ثابت سابقا على أول يناير سنة ١٩٢٤ ، إذا كان المحرر الذي يراد شهره قد تم توقيع أو التصديق على الإمضاءات فيه أو صدر بشأنه حكم بصحة التعاقد أو التوقيع قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ . ذلك لأن المحرر المراد شهره يكون في هذه الحالة قد تمت مراجعته نهائيا طبقا لأحكام قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، وأشر عليه من قلم استعمال المساحة بختم « نظر » وسدد عنه الرسم ،

(١) وقد صدر القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٤٢ يقضى بأن يستبعد من طرق إثبات التاريخ وجود توقيع أو ختم لإنسان توفي قبل سنة ١٩٢٤ في المحررات المقدمة مستندا لأصل ملكية المتصرف ، وقد سار قانون الشهر العقاري على هذا المبدأ .

وتم توثيقه أو التصديق على التوقيع فيه ، فلا يسرى عليه قانون الشهر العقارى (١) .

ويدون الطلب « بدفتر أسبقية الطلبات » (٢) ، مع ذكر تاريخ وساعة تقديمه للمأمورية . فاذا قدم للمأمورية طلبان متعارضان أو أكثر في شأن عقار واحد ، كما لو باع شخص عقارا مرتين وتقدم المشتريان بطلبين للشهر يسبق إحداهما الآخر بوقت معين ، وجب بحث الطلب الأسبق مع وقف الطلب أو الطلبات اللاحقة إلى أن يتم التصرف في الطلب الأول . فاذا كان الطلب الأول تام الإجراءات ، بحث وسلم إلى صاحبه . ثم يبحث الطلب الثانى المزاحم ، ولا يسلم إلى صاحبه إلا بعد انقضاء فترة على تسليم الطلب الأول تساوى الفترة التى تقع بين ميعاد تدوين كل منهما في دفتر

(١) أنظر في التعليمات التى أصدرتها مصلحة الشهر العقارى فيما إذا كان أصل الملكية هو التملك بالتقادم الطويل : محمود شوقي في الشهر العقارى علما وعملا ص ٨٠ - ص ٨٢ - وقد قنن المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق ما حرى عليه العمل في هذا الصدد فيما استحدثه من نصوص في آخر المادة ٢٢ منه على الوجه الآتى : « وإذا ثبت أن أصل الملكية أو الحق العيني لا يستند أساسا إلى محرر ما يعتبر مقبولا لذلك ، أو ثبت وجود هذا المحرر وتعذر تقديمه ، فيكتفى بتقديم كشوف رسمية من دفاتر التكليف ثبت ورود العقار في تكليف المتصرف أو مورثه مدة خمس عشرة سنة سابقة على تقديم الطلب بالنسبة للأرض الزراعية وابتداء من سنة ١٩٢٣ بالنسبة للعقارات المبنية الكائنة في المدن المربوطة بعوايد المباني ، بشرط أن يكون التكليف الحالى باسم الصادر منه التصرف أو مورثه تعزز في الحالتين بمحضر في الطبيعة لإثبات وضع يد المتصرف أو مورثه مدة خمس عشرة سنة سابقة على تقديم الطلب . على أنه يكتفى ، بالنسبة للعقارات الكائنة في سكنات القرية المعفاة من الضرائب في الطبيعة لإثبات وضع يد المتصرف أو مورثه ابتداء من سنة ١٩٢٣ حتى تاريخ تقديم الطلب . واستثناء من أحكام الفقرة الأولى ، إذا تبين أن المحرر المقدم لإثبات أصل الملكية أو الحق العيني يتعارض مع مستند المالك الحقيقى ، فلا يقبل هذا المحرر في إثبات الغرض المشار إليه » .

(٢) ويبين في هذا الدفتر مراحل العمل بالطلبات والمشروعات (أنظر م ٢٠ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق وهى تتمشى مع المادة ٢/٤٧ من قانون السجل العيني) . وقد نصت المادة ٢٤ من قانون الشهر العقارى (المعدلة بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٥٠) على أن « يؤدى ربيع قدره خمسون قرشا عند تقديم الطلب ، ويعتبر الطلب كأن لم يكن إذا لم يتم شهر المحرر خلال سنة من تاريخ قيد الطلب . وتمتد هذه المدة سنة ثانية إذا قدم الطالب قبل انتهاء السنة الأولى بأسبوعين طلبا بالامتداد ، وأدى عنه الرسم المطلوب » .

أسبقية الطلبات ، بحيث لا يتجاوز الفترة سبعة أيام . أما إذا كان الطلب الأول ينقصه بعض البيانات أو المستندات ، فانه يحدد لصاحب الشأن أجل لاستيفاء النقص لا يتجاوز خمسة عشر يوما . فاذا استوفى النقص في الميعاد ، فحص الطلب وسلم لصاحبه . ويجب انقضاء الفترة اللازمة قبل تسليم الطلبات اللاحقة لأصحابها . أما إذا لم يقم صاحب الشأن باستيفاء النقص في الميعاد المحدد ، رفع رئيس المأمورية الأوراق إلى أمين مكتب الشهر الذي تتبعه المأمورية فيقرر أمين المكتب إما سقوط أسبقية الطلب الأول ويجب أن يكون هذا القرار مسيبا ، أو وقف الإجراءات الخاصة بالطلبات التالية إذا كان تخلف صاحب الطلب الأول عن استيفاء النقص لا يرجع إلى تقصير منه (١) .

(١) ويستطيع من قرار أمين المكتب سقوط أسبقية طلبه ، أو من طوّل باستيفاء بيان لا يرى وجها له ، أن يلجأ إلى نظام الشهر الموقت ، إذ نصت المادة ٣٥ من قانون الشهر العقاري على ما يأتي: « لمن أشر على طلبه باستيفاء بيان لا يرى وجها له ، ولمن تقرر سقوط أسبقية طلبه بسبب ذلك ، أن يتقدم بالحرر نفسه ... وذلك في خلال عشرة أيام من وقت إبلاغ قرار الاستيفاء أو السقوط إليه ، ويطلب إلى أمين المكتب إعطاء هذا الحرر . . رقما وقتيا بعد أداء الرسم ، وتوثيق الحرر أو التصديق على التوقيعات فيه إن كان من المحررات العرفية ، وبعد إبداء كفالة قدرها نصف في المائة من قيمة الالتزام الذي يتضمنه الحرر ، على ألا يزيد مقدار هذه الكفالة على عشرة جنيهات ، ويجب أن تبين في الطلب الأسباب التي يستند إليها الطالب . وفي هذه الحالة يجب على أمين المكتب إعطاء الحرر . . رقما وقتيا في دفتر الشهر المشار إليه في المادة ٣١ ودفاتر الفهارس ، وأن يرفع الأمر إلى قاضي الأمور الوقفية بالمحكمة الابتدائية التي يقع المكتب في دائرتها . ويصدر القاضي قراره على وجه السرعة بإبقاء الرقم الوقفي بصفة دائمة أو بإلغائه تبعا لتحقيق أو تخلف الشروط التي يتطلب القانون توافرها لشهر الحرر . . ولا يجوز الطعن في القرارات التي تصدر على هذا الوجه بأي طريق » . ونصت المادة ٣٦ من نفس القانون على أنه « إذا صدر قرار القاضي بإبقاء الرقم الوقفي ، وجب التأشير بذلك في دفتر الشهر ودفاتر الفهارس ، واتخاذ باقي الإجراءات وعلى الأخص ما يتعلق منها بالتصدير . وإذا صدر القرار بإلغاء الرقم الوقفي ، وجب التأشير بذلك في دفتر الشهر ودفاتر الفهارس ، وتصادر الكفالة المقدمة ذكرها بقوة القانون ، ويرد المحرر . . لصاحب الشأن بعد التأشير عليه بمضمون القرار وتاريخه » .

هذا وقد ألغى المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق نظام الشهر الموقت ، ونص في المادة ٢٨ منه على إنشاء دفتر يومية تقيد فيه طلبات الشهر ، فيتمكن مكتب الشهر من مراجعة المحررات التي تقدم إليه ، على أن تدون في دفتر الشهر بعد مراجعتها في اليوم التالي . ولمواجهة حالات التعارض بين المحررات المقدمة لمكاتب الشهر إذا ما قدم أكثر من محرر في شأن عقار واحد ، والتي أغفلها قانون الشهر العقاري ، نص على عدم جواز شهر محرر لاحق =

وبهذا تتقرر الأسبقية فيما بين الطلبات المتعارضة ، فيقدم الطلب السابق على الطلب اللاحق ، ما لم يتقرر نهائياً سقوط أمبقية الطلب السابق (١) .

وبحث الطلب يكون من الناحية الهندسية ، ومن الناحية القانونية . فمن الناحية الهندسية ألحق بالمأموريات أقلام استعلامات هندسية ، وهذه تراجع الطلب من الناحية المساحية للتثبت من موقع العقار وحدوده ومسطحه ، وقد ينتقل القلم الهندسى لمعاينة العقار على الطبيعة وتحديد بوضع علامات حديدية عليه . فاذا ما أتم الطلب الهندسى بحث الطلب من الناحية المساحية ، بحث الطلب بعد ذلك من الناحية القانونية . فتنولى المأمورية بحث البيانات الواردة فيه للتأكد من مطابقتها للأوضاع المقررة قانوناً ، ثم تبحث المستندات المرافقة للطلب لتتثبت بوجه خاص من أصل الملكية بفحص المستندات المقدمة من البائع مثلاً إثباتاً للملكية . فاذا ما أتم بحث الطلب من الناحيتين الهندسية والقانونية ، أشرت المأمورية بالقبول للشهر بختم نقش عليه عبارة « مقبول للشهر » (٢) .

قبل محرر سابق يتعارض معه إلا إذا صدر قرار نهائى من أمين المكتب بإسقاط أسبقية المحرر السابق . وتوسع المشروع فى الحالات التى يجوز فيها التظلم من قرارات المأمورية ومن قرارات المكتب ، وفرض رقابة قضائية قبل العظم لقاضى الأمور المستعجلة حتى يستطيع مثل المصلحة قبل الحكم بإنهاء وجهة النظر الفنية التى قد لا تظهر بوضوح إذا ترك الأمر للمذكرات التى تقدم لقاضى الأمور الوقتية (أنظر فى كل ذلك المواد ٢٣ - ٢٩ من المشروع) .

(١) وفى حالة طول أصحاب الشأن من التسجيل لا يرد ما سبق دفعه من رسوم التسجيل حتى لو سلمت الجهة الإدارية خطأ بأحقية دافع الرسم فى استرداده (نقض مدنى ١٨ فبراير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢٩ ص ١٨٢) - وانظر أيضاً نقض مدنى ١٢ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ١٣٦ - ١٤ فبراير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ٢٥٤ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ١٠٩٨ .

(٢) والأصل أن تؤثر المأمورية على أصل الطلب بعبارة « مقبول للشهر » . ولكن كثيراً ما يحدث أن تكون الحدود والمسطحات الخاصة بالعقار لا تطابق الواقع ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بباقي البيانات الواردة فى الطلب . فتجرى المأمورية التصحيحات اللازمة ، وتدون هذه التصحيحات فى نموذج خاص اسمه « إخطار بالقبول للشهر » . وتسترد المأمورية فى تحرير هذا الإخطار بما أدرجه مقدم الطلب من بيانات ، وما أسفر عنه بحثها لهذا الطلب من المستندات المقدمة ومن اللغائر والخرائط والمراجع الموجودة بها . ويختم هذا الإخطار بختم « مقبول للشهر » ، وإذا لم يتقدم صاحب الشأن لتسلم الإخطار فى خلال ثلاثة أيام من تاريخ تحريره ، أوصل إليه مع المستندات المقدمة منه فى العنوان الذى بيته فى الطلب .

١٥٤ - مشروع المحرر المراد شهره والتأشير عليه بصحة شهره :

يعتبر « القبول للشهر » ترخيصاً لصاحب الشأن في إعداد المحرر المراد شهره ، بعد أن تكون المأمورية قد خضبت البيانات الخاصة بالعقار وأصل ملكيته ، وتأكدت من مطابقة المحرر من ناحية الشكل لجميع الشروط المنصوص عليها في القانون لإجراء الشهر . وقد انتهت بالتأشير على الطلب بالقبول للشهر وهي الخطوة الأولى من المرحلة التمهيدية للشهر ، وتأتي بعد ذلك الخطوة الثانية لهذه المرحلة التمهيدية وهي تحضير مشروع المحرر .

فاذا كان المحرر المراد شهره عرفياً ، وجب أن يحرق على الورق الأزرق الخاص المعد لذلك ، ويكون التحرير بالمداد الأسود ، وهذا هو الأصل الذي يحفظ وتؤخذ منه صور فوتوغرافية . وإذا كان المحرر رسمياً ، كان التحرير على ورق أبيض عادي مسطر ، وبعد توثيقه تحفظ منه الصورة الأولى وهي محررة على الورق الأزرق ، وتؤخذ من هذه الصورة الصور الفوتوغرافية . وفي الحالتين يجب أن يشتمل المحرر على جميع البيانات الواردة في « إخطار القبول للشهر » ، فيجب إذن أن يكون مشروع المحرر صورة كاملة لما هو وارد في إخطار القبول من بيانات ، وإلا وجب تقديم طلب جديده برسم جديد وأسبقية جديدة .

فاذا أعد مشروع المحرر على النحو سالف الذكر ، قدمه صاحب الشأن إلى المأمورية مقروناً به إخطار القبول أو صورة الطلب المؤشر عليه بالقبول للشهر وجميع المستندات التي سبق تقديمها مع الطلب . فتقوم المأمورية بتدوينه ، بحسب تاريخ وساعة تقديمه ، « بدفتر أسبقية مشروعات المحررات » . فاذا قدم للمأمورية أكثر من مشروع محرر خاص بنفس العقار ، وجب بحث هذه المشروعات بحسب ترتيب تقديمها ، وإعادة المشروعات إلى أصحابها بنفس الترتيب بعد انقضاء فترة معادلة للفترة التي تقع بين ميعاد تقديم كل منها بحيث لا تتجاوز الفترة خمسة أيام (١) .

(١) ولم يقصد بنظام الأسبقية ، في الطلبات وفي مشروعات المحررات ، حماية صاحب الطلب أو المشروع الأول نهاية مطلقة . ولكن أريد منه فترة مناسبة ليبادر إلى استكمال الخطوات اللازمة للشهر في الثاني ، متى يحفظ بأسبقية . أما إذا علم صاحب الطلب الأول إخطار القبول فافعل في تقديم مشروع المحرر ، وبإدارة صاحب الطلب الثاني إلى تقديم مشروع

وبحث مشروع المحرر يكون بالتثبت من مطابقة البيانات الواردة فيه لبيانات الطلب الخاص به ، فإذا وجدت مطابقة أشرت المأمورية على مشروع المحرر بصلاحيته للشهر ، وذلك بوضع خاتم عليه في صدره وفي آخره من الناحيتين يسمى خاتم « صالح للشهر » (١) .

١٥٥ - توقيع المحرر وعملية التسجيل : تنهى بالتأشير على مشروع

المحرر بالصلاحيه للشهر المرحلة التمهيدية لإجراءات الشهر ، فإذا ما تسلم صاحب الشأن مشروع المحرر مؤشراً عليه بالصلاحيه للشهر قدمه إلى مكتب التوثيق المختص أو إلى أحد فروع له لتوقيعه من ذوى الشأن . فإذا كان المحرر رسمياً تولى مكتب التوثيق عملية توقيعه ، وإذا كان عرفياً تولى مكتب التوثيق التصديق على توقيعات ذوى الشأن . ولا تتم عملية التوقيع أو التصديق إلا بعد دفع رسم التوثيق أو التصديق ورسوم التسجيل كاملة .

ثم يقدم صاحب الشأن المحرر بعد توقيعه لمكتب الشهر الكائن في دائرته العقار ، وهو المكتب الذى تتبعه المأمورية التى تولت إتمام المرحلة التمهيدية للشهر ، ويرفق بالمحرر جميع المستندات المؤيدة للصفة والتكليف وأصل الملكية . ويعطى مكتب الشهر لمن قدم المحرر إيصالاً مبيناً به رقم الشهر

محرره قبل صاحب الطلب الأول ، فان الثانى يكسب على الأول أسبقية في دفتر مشروعات المحررات وينعكس الترتيب .

هذا وقد ألغى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق أسبقية المشروعات اكفاءً بأسبقية الطلبات ، تبسيطاً للإجراءات وتيسيراً على أصحاب الشأن ، فعُدل المشروع المادة ٣٣ من قانون الشهر العقارى على الوجه الآتى : « إذا قدم للمأمورية أكثر من طلب في شأن عقار واحد ، يجب أن تبحث هذه الطلبات وفقاً لأسبقية تقديمها في الدفتر المعد لذلك ، وأن تنقضى بين أبحاث الطلب السابق مؤشراً عليه بالقبول أو مشروعه مؤشراً عليه بالصلاحيه ، وإعادة الطلب اللاحق أو مشروعه مؤشراً عليه بذلك ، فترة معادلة للفترة التى تقع بين ميعاد كل من الطلبين ، على ألا تتجاوز هذه الفترة سبعة أيام . وتحتسب الفترة المتقدم ذكرها عند إرسال نسخة الطلب أو مشروع المحرر مؤشراً عليها لصاحب الشأن بالبريد من تاريخ الإرسال » .

(٢) وإذا كانت البيانات غير مطابقة ، لم يقبل مشروع المحرر ، ووجب تقديم مشروع جديد . وفي حالة ما إذا وجدت البيانات مطابقة ، وأشر على مشروع المحرر بصلاحيته للشهر ، ولم يتقدم صاحب الشأن لتسلم مشروع المحرر في خلال ثلاثة أيام من تاريخ التأشير عليه بالصلاحيه للشهر ، تولت المأمورية إرسال المشروع إليه في محل إقامته المبين بالطلب .

وتاريخه ، ويبين في الإيصال المستندات التي قدمها صاحب الشأن مع المحرر .
ورقم الشهر الذي يحمله الإيصال هو رقم مسلسل لكل محرر يقدم بحسب
ترتيب تقديم المحررات (١) ، بحيث لا يتم شهر محرر إلا في دور رقمه
المسلسل (٢) .

وتتم عملية التسجيل بتدوين المحرر في دفتر يعد لذلك بكل مكتب ،
ويسمى « بدفتر الشهر » (٣) . وتثبت فيه المحررات بأرقام متتابعة وفقا
لتواريخ وساعات تقديمها للشهر . وبحسب أسبقيتها في التقديم للمكتب .
ويحفظ أصل المحرر المدون على الورق الأزرق الخاص إن كان من المحررات
العرفية ، أو الصورة الأولى المحررة على الورق الأزرق الخاص إن كان من
المحررات الرسمية ، وذلك في أماكن خاصة معدة لهذا الغرض . أما الذي
يدون في دفتر الشهر فرقم الشهر وتاريخ وساعة إجرائه واسم الصادر لمصلحته

(١) ونظام الأسبقية في الطلبات وفي مشروعات المحررات هو نفس نظام الأسبقية الذي
يتبع في الشهر النهائي . فاذا تباطأ صاحب المشروع الأول الصالح للشهر ، فن الجائز أن
يسبقه إلى التسجيل النهائي صاحب المشروع الثاني الصالح للشهر . ولما كانت العبرة بالتسجيل
النهائي ، فإن هذا الأخير يكسب الملكية أو الحق العيني نهائيا ، مع أنه كان في جميع المراحل
السابقة تاليا في الأسبقية لصاحب المشروع الأول .

(٢) ويسلم المحرر المعدل للشهر إلى قسم المراجعة بمكتب الشهر ، فيتولى القسم إعادة بحثه للتثبت
من أن تأشير المأمورية على مشروع المحرر بالصلاحيية للشهر لم يجانب الصواب في أي بيان
أو إجراء يتطلبه القانون ، كما يتولى مراجعة المحرر من ناحية الرسوم للتثبت من سلامة تقديرها .
وبتولى قسم المراجعة عمل ملخص (chemise) للمحرر ، ويوقع مقدم المحرر على تعهد
في صدر هذا الملخص بقبوله رد المحرر إليه في عنوانه المبين في المحرر أو في أي عنوان آخر
يبينه في حالة ما إذا لم يتقدم لتسلمه في ظرف عشرة أيام من تاريخ تقديمه ، إذا اتضح أن به
نقصا في الإجراءات أو الرسوم يمنع من إجراء عملية الشهر .

(٣) ويقفل العمل في دفتر الشهر في ذيل آخر محرر قدم للشهر في ذلك اليوم . مع
ذكر الساعة ورقم المحرر الذي حصل التأشير في ذيله ، ويوقع أمين المكتب أو الأمين المساعد
على هذه البيانات ، كل هذا حتى لا يشهر محرر بتاريخ يوم سابق على تاريخ تقديمه للشهر .
ويكون دفتر الشهر مرقم الصفحات ، وموقعا على كل ورقة فيه من الأمين العام للشهر العقاري
أو من يندب لذلك بقرار من وزير العدل . ويفرد دفتر الشهر في كل مكتب لكل سنة ، فاذا ما انتهى
العمل في ٣١ ديسمبر من أي سنة حرر محضر في ذيل آخر محرر شهر في هذا التاريخ . وينتهي
العمل في هذا الدفتر نهائيا ، على أن يصير إثبات المحررات ، اعتباراً من أول يناير التالي ، في
دفتر جديد .

المحرر ، واسم الصادر ضده هذا المحرر ، وبيان العقار ، ونوع التعامل . ويتولى مكتب الشهر التأشير على المحرر بما يفيد تدوينه في دفتر الشهر بمحضر يبين فيه رقمه المتتابع في هذا الدفتر ، مع ذكر تاريخ اليوم والشهر والسنة وبيان الساعة التي تم فيها التدوين ، ويوقع هذا المحضر أمين المكتب أو الأمين المساعد (١) .

فاذا ما تمت عملية التسجيل على هذا النحو ، قامت أقلام التصوير الشمسي التابعة لمكتب الشهر بأعداد صورتين فوتوغرافيتين من كل محرر تم شهره . وتؤخذ هاتان الصورتان من أصل المحرر العرفي الملون على الورق الأزرق ، أو من الصورة الأولى المدونة على الورق الأزرق من أصل المحرر الرسمي ، مع حفظ كل من أصل المحرر العرفي والصورة الأولى من أصل المحرر الرسمي بالأماكن الخاصة المعدة لذلك (٢) كما سبق القول . وتسلم إحدى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذ تقضى المواد ٢٥ و ٢٨ و ٣١ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري بأن كلا من طلبات التسجيل ومشروعات المحررات والمحررات تثبت في دفاتر تعد لذلك بمأموريات ومكاتب الشهر العقاري حسب تواريخ وساعات تقديمها ، فإن في ذلك ما يفيد أن السابق واللاحق في التسجيل يتعين حتماً - إن تما في يوم واحد - بأسبقية رقم التسجيل في دفتر الشهر . وقد منى المشرع بوضع هذا النظام ولم يترك الأمر فيه لمحض الصدفة ، نظراً لما يترتب على أسبقية التسجيل من أثر في المفاضلة بين المتنازعين على ملكية عقار واحد . ذلك أن مؤدى نصوص المواد ٩ و ١٥ و ١٧ من القانون المذكور أن ملكية العقار لا تنتقل من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع أو بتسجيل الحكم النهائي بإثبات التعاقد أو بالتأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى إذا كانت قد سجلت . وتسجيل هذه الصحيفة يحفظ لرافعها حقوقه من تاريخ حصوله ، حتى إذا ما حكم له بطلباته فإن الحق الذي قرره الحكم ينسحب إلى تاريخ تسجيل العريضة إذا كان قد تأثر بهذا الحكم طبقاً للقانون دون أن يتأثر بما يصدر من البائع من تصرفات شملت بعد هذا التاريخ (نقض مدني أول مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٦٧ ص ٤٨٦) . وانظر نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٤٩٤ - ١٥ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ ص ٢٩٥ .

(٢) وإذا كان المحرر المقدم للشهر يشتمل على عقارات تقع في دائرة اختصاص أكثر من مكتب واحد ، قدم المحرر للشهر بأحد هذه المكاتب . فاذا ما تم التسجيل سجلت صور فوتوغرافية وقدمت إلى المكاتب الأخرى لإجراء التسجيل في كل مكتب على حده ولا ينتج التسجيل أثره إلا في خصوص العقار الذي يقع في دائرة اختصاص المكتب الذي تم فيه التسجيل .

الصورتين الفوتوغرافيتين لصاحب الشأن بعد التأشير عليها من أمين المكتب بمطابقتها للأصل وذكر اسم من سلمت الصورة إليه ، وترسل الصورة الفوتوغرافية الأخرى إلى إدارة المحفوظات التابعة للمكتب الرئيسي للشهر العقاري وذلك لحفظها فيها (١) .

١٥٦ - **التأشير الهامشي** : يثبت مكتب الشهر التأشير الهامشي في هامش المحرر المتعلق به أو في ورقة تلحق بهذا المحرر . ويقدم الطلب الخاص بالتأشير الهامشي لمكتب الشهر الذي تم فيه شهر المحرر المراد التأشير في هامشه (٢) . ويجب أن يكون الطلب مشتملا على اسم الطالب واسم أبيه وجده لأبيه ولقبه وصناعته وصفته ومحل إقامته ، وبيان نوع المحرر المراد التأشير في هامشه مع ذكر تاريخ ورقم شهره ، والسند الذي يبيع التأشير مع إيضاح تاريخه ونوعه ومضمونه والجهة التي صدر عنها كمكتب التوثيق إذا كان محررا رسميا وكالمحكمة التي أصدرته إذا كان حكما ، وأسماء ذوى الشأن في السند الذي يبيع التأشير . ويجب أن يقرن الطلب بالسند الذي يبيع التأشير ، وبسائر الأوراق المؤيدة له .

وتدرج طلبات الشهر الهامشي « بدفتر أسبقية طلبات التأشير الهامشي » بأرقام متتابعة حسب تاريخ وساعة تقديمها للمكتب ، كما يبين في هذا الدفتر ماتم في شأن كل طلب منها . ولمكتب الشهر أن يحيل الطلب إلى مأمورية الشهر المختصة عند الاقتضاء ، فيمر الطلب بمراحل الشهر من حيث القبول والصلاحيية للشهر ، ثم يعاد إلى مكتب الشهر لشهره .

فاذا أصبح الطلب مستوفيا لجميع البيانات التي يتطلبها القانون ، وكانت

(١) فإن كان موضوع المحرر يتطلب تعديلا في دفاتر المكلفة ، تولى مكتب الشهر استخراج صورة فوتوغرافية ثالثة من المحرر وترسل إلى المحافظة ، مينا عليها خاتم « ناقل للتكليف » ، وذلك لتقوم المحافظة بإجراء التعديلات المترتبة على تسجيل المحرر في دفاتر المكلفة ، ويكون استخراج هذه الصورة الفوتوغرافية الثالثة على نفقة صاحب الشأن .

(٢) ويسدد على طلب التأشير الهامشي الرسم المقرر للطلبات ، وقدره ٥٠٠ مليم .

المستندات المرافقة له تتيح لصاحبه حق شهره بطريق التأشير الهامشي (١) ، أثبت المكتب هذا التأشير في هامش المحرر المتعلق به أو في ورقة تلحق بهذا المحرر . مع بيان تاريخ التأشير والساعة التي تم فيها ، ويوقع على هذا التأشير أمين المكتب أو الأمين المساعد .

فاذا ما تم إجراء الشهر بطريق التأشير الهامشي . أعطى المكتب صاحب الشأن شهادة تفيد حصول هذا التأشير . ويبين في الشهادة نوع المحرر الذي أجرى التأشير في هامشه وتاريخ وساعة شهره ، وكذلك تاريخ وساعة إجراء عملية التأشير الهامشي نفسها . وتحمل هذه الشهادة محل الصورة الفوتوغرافية

(١) وإذا تبين أمين المكتب أن التأشير الهامشي لم يستوف البيانات أو المستندات اللازمة أبلغ الطالب أوجه النقص ، ويحدد له أجلا لتلافيا على ألا يجاوز هذا الأجل شهراً ، ويمكن منحه أجلا آخر إذا اتضح أنه جاد في طلبه وأن الاستيفاء يتطلب وقتاً أطول . فاذا لم يستوف الطالب البيانات أو المستندات اللازمة في الأجل المحدد ، أشر المكتب على الطلب بالحفظ مع بيان الأسباب . وللطالب أن يطلب كتابة إلى أمين المكتب في خلال عشرة أيام من تاريخ إبلاغه لقرار الحفظ المسبب رفع الأمر إلى قاضي الأمور الوقتية بالحكمة الابتدائية التي يقع مكتب الشهر في دائرتها ، وعلى أمين المكتب عرض الأوراق فوراً على القاضي فيما أن يؤيد هذا قرار الحفظ أو يصدر قراراً بإجراء التأشير الهامشي المطلوب ، وقرار قاضي الأمور الوقتية نهائياً لا يجوز الطعن فيه .

وإذا تقدم طلبان متعارضان للتأشير الهامشي ، بحث الطلب الأول ، فاذا تم التأشير الهامشي به امتنع تنفيذ الطلب الثاني . وإذا كان الطلب الأول غير مستوف ومنح صاحبه أجلا ، امتنع على المكتب إجراء التأشير بالطلب اللاحق إلا بعد حفظ الطلب الأول وانقضاء عشرة أيام وهي ميعاد التظلم أو الفصل في التظلم من قاضي الأمور الوقتية .

وقد عدل المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق هذه الأحكام ، فنص في المادة ٤٢ منه على ما يأتي : « لمن حفظ طلبه أن يطلب إلى أمين مكتب الشهر ، في خلال عشرة أيام من تاريخ إبلاغ قرار الحفظ إليه ، رفع الأمر إلى قاضي الأمور المستعجلة بالحكمة التي يقع مكتب الشهر بدائرتها . ويصدر القاضي حكمه في خلال أسبوع على الأكثر ، بعد الإطلاع على الأوراق وسماع أقوال ممثل مصلحة الشهر العقاري ، بإجراء التأشير الهامشي أو برفضه ، تبع لتحقيق أو تخلف الشروط التي يتطلب القانون توافرها لإجراء التأشير . ولا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر على هذا الوجه بأي طريق من طرق الطعن » .

التي تعطى لصاحب الشأن في حالة التسجيل (١) .

(١) الشهر بطريق الإيداع : ويوجد نظام الشهر بطريق الإيداع للمحركات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ، وهي المحركات التي لا تخضع للإجراءات العادية الواردة في قانون الشهر العقاري . فقد نصت المادة ٥٤ من قانون الشهر العقاري في أحكامه الوقتية على أنه « لا يسرى هذا القانون على المحركات التي ثبت تاريخها ثبوتاً رسمياً قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ولا على الأحكام التي صدرت قبل هذا التاريخ ، بل تظل هذه المحركات والأحكام خاضعة من حيث الآثار التي تترتب عليها لأحكام القوانين التي كانت سارية عليها » . ونصت المادة ٥٧ من قانون الشهر العقاري في أحكامه الوقتية أيضاً على أنه « استثناء من أحكام الباب الثالث من هذا القانون يجوز أن تشهر بطريق الإيداع ، على الوجه المبين باللائحة التنفيذية ، المحركات التي ثبت تاريخها قبل سنة ١٩٢٤ من غير طريق وجود توقيع أو ختم لإنسان توفي » . ونصت المادة ٣٦ من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقاري على أنه « في الأحوال التي يجيز فيها القانون الشهر بطريق الإيداع ، تنسخ صورة مصدق عليها من المحرر على الورق الخاص المشار إليه في المادة ١٩ ، وتتبع باقي الإجراءات المنصوص عليها في المواد التالية ، ويحفظ الأصل في مكتب الشهر » .

فمن يرغب في شهر محرر ثابت التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ عن طريق توقيع أو ختم لإنسان توفي ، عليه أن يقوم بنسخ صورة من هذا المحرر موقع عليها منه ، وذلك على الورق الأزرق الخاص بالمداد الأسود ، ويجب أن يكون توقيع صاحب الشأن على هذه الصورة مصدقاً عليه . ويقدم أصل المحرر الثابت التاريخ ومعه الصورة المحررة على الورق الأزرق الخاص إلى مكتب الشهر المختص لإيداع المحرر ، ويتولى أحد الموثقين تحرير محضر يثبت فيه هذا الإيداع بحضور شاهدين . ويذكر في محضر الإيداع اسم الموثق واسم طالب الإيداع واسم أبيه وجده لأبيه وجنسيته ومحل إقامته ، ووصف شامل للمحرر المودع يبين به نوع المحرر وأسماء وأصحاب الشأن فيه والعقار موضوع العقد والتمن أو المقابل وشكل الورق ونوع الخبر وما قد يكون في المحرر من تصحيح أو كشط أو تحشير والطريق الذي تم به إثبات تاريخ المحرر قبل سنة ١٩٢٤ والسلطة التي تم بها إثبات التاريخ . ثم يذيل هذا المحضر بتوقيعات الموثق وطالب الإيداع والشاهدين . وتنسخ من محضر الإيداع صورة طبق الأصل على الورق الأزرق الخاص ، ويقيد هذا المحضر في دفتر الإيداع بحسب تاريخ وساعة تقديمه للمكتب . وتعطى لصاحب الشأن صورة فوتوغرافية من محضر الإيداع ومن أصل المحرر ، وتحفظ باقي الأوراق بالمكتب المختص . وإذا مات شهر محرر بطريق الإيداع ، لم ينصرف أثر ذلك إلى تاريخ إدراجه بدفتر الإيداع ، ولكن إلى التاريخ الثابت فيه . ويعتبر ناقلاً للملكية منذ هذا التاريخ الثابت ، وتحترم جميع التصرفات التي سبق أن استندت إليه في إبرامها .

هذا وقد ألغى المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق الشهر بطريق الإيداع على الوجه المتقدم ، إذا نصت المادة ٧ من مشروع قانون إصدار هذا المشروع على أنه « استثناء من أحكام الباب الثالث من القانون المرافق ، يجوز أن تشهر بطريق الإيداع على الوجه المبين باللائحة التنفيذية المحركات التي تجيز القوانين الخاصة شهرها بهذا الطريق » . فأغفل النص ذكر المحركات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ من بين المحركات التي يجوز شهرها بطريق الإيداع ، ووكل إلى القوانين الخاصة ببيان المحركات التي يجوز شهرها بطريق الإيداع ، ومن هذه القوانين قانون نزع الملكية والقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ فيما يختص بطرح النهر . =

المطلب الثاني

إجراءات الشهر في قانون السجل العيني

١٥٧ - تنظيم السجل العيني : تعرف المادة الأولى من قانون السجل

العيني هذا السجل بأنه « هو مجموعة الصحائف التي تبين أوصاف كل عقار ، وتبين حالته القانونية ، وتنص على الحقوق المترتبة له أو عليه ، وتبين المعاملات والتعديلات المتعلقة به » . وتتولى مصلحة الشهر العقاري أعمال السجل العيني ، بما لها من مكاتب ، وبما يلحق بكل مكتب للسجل العيني من مأموريات ، بحيث يختص كل مكتب من مكاتب السجل العيني دون غيره بقيد المحررات المتعلقة بالعقارات التي تقع في دائرة اختصاصه .

وتقسم البلاد من مدن وقرى إلى أقسام مساحية ، يصدر قرار من وزير العدل بتعيينها . ويخصص سجل عيني لكل قسم مساحي ، ويتكون القسم المساحي من وحدات عقارية . وتعتبر وحدة عقارية : (١) كل قطعة من الأرض تقع في قسم مساحي واحد وتكون مملوكة لشخص واحد أو أشخاص على الشيوع ، دون أن يفصل جزءا منها عن سائر الأجزاء فاصل من ملك

= الكشف النظري والشهادة العقارية : وهناك طريقتان للبحث في دفاتر الشهر :

(١) الكشف النظري (vision) : ويكون بإطلاع صاحب الشأن ، تحت مسئولية ومراقبة الموظف المختص ، على دفاتر الشهر ودفاتر للفهارس وعلى أي محرر تم شهره ، وذلك ابتداء من المدة التي يحددها . (٢) الشهادة العقارية (Certificat hypothécaire) : وهي كشف رسمي ، يستخرج من واقع دفاتر مكتب الشهر المختص ، عما يكون قد شهر من محررات أو قيود أو أحكام أو تأشيريات هامشية عن عقار معين ، بالنسبة إلى شخص معين ، ولمدة معينة . ويبين في طلب هذه الشهادة العقارية اسم صاحب العقار واسم أبيه وجده لأبيه ، واسم الناحية والمركز أو القسم والمحافظة الكائن بها العقار المطلوب الاستعلام عنه ، مع ذكر المنزل واسم الشارع إن كان بناء أو أرض بناء ، والحوض إن كان أرضا زراعية ، والمدة المطلوب إجراء البحث عنها . فإذا لم تظهر تسجيلات أو قيود ، سلم مكتب الشهر المختص الطالب شهادة سلبية بذلك . أما إذا ظهرت تسجيلات أو قيود ، فيبين ملخصها في الشهادة العقارية ، بذكر اسم الصادر لمصلحته والصادر ضده المحرر ، وبيان العقار واثن أو المقابل ، والتأشيريات الهامشية إن وجدت . وتكون الشهادة العقارية في هذه الحالة شهادة إيجابية تسلم للطالب ، تحت مسئولية الحكومة بحيث إذا وقع خطأ في الشهادة كان للطالب الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا الخطأ .

عام أو خاص . ودون أن يكون لجزء منها أو عليه من الحقوق ما ليس للأجزاء الأخرى أو عليها . (٢) المناجم والمحاجر . (٣) المنافع العامة . ويجوز بقرار من وزير العدل أن تعتبر منطقة من مناطق السكنى أو غيرها وحدة عقارية في حملتها ، وتقرر لها صحيفة عامة ، ويعد لشهر التصرفات الخاصة بهذه المساكن فهرس يرتب بأسماء الأشخاص ويلحق بالصحيفة العقارية .

ويفرد في السجل العيني للقسم المساحي صحيفة خاصة بكل وحدة عقارية ، ترقم وفقا للتقواعد الخاصة بكيفية إمساك السجل . وتبين اللائحة التنفيذية كيفية إمساك السجل العيني . وكذلك الوثائق المتعلقة به (١) .

(١) ويثبت في صحيفة كل وحدة عقارية حدودها الطبيعية وأسماء الملاك المجاورين ، وتتولى مصلحة الشهر العقاري وضع العلامات على حدود كل وحدة عقارية . ويجب على واضع اليد على الوحدة العقارية ، أي كان سبب وضع يده ، أن يمكن الموظفين المنوط بهم عملية المساحة من القيام بعملية التحديد ، وعلى رجال الضبطية القضائية أو رجال الإدارة تمكين هؤلاء الموظفين من وضع العلامات اللازمة لتحديد الوحدات المتقاربة . أنظر المواد ١٥-١٧ من قانون السجل العيني .

وتنص المادة ٦٢ من قانون السجل العيني على أن « علامات تحديد الوحدات العقارية مملوكة للدولة . فإذا فقدت أية علامة أو أتلقت أو غير مكانها بمعرفة أحد من غير الموظفين المختصين ، فإن مصروفات إعادة وضعها تقع على عاتق من ثبتت مسؤوليته ، إلا حصلت تلك المصروفات من واضع اليد والملاك انذين وضعت العلامة لتحديد وحداتهم وذلك بالتضامن فيما بينهم بالطرق الإدارية » .

وجاء في المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني: « هذا والوحدة العقارية (unité foncière) أساسها الوحدة القانونية التي تستند إلى حق المالك نفسه وسنده الذي نشأ عنه هذا الحق . فليس المناط الوحدة الضريبية (unité fiscale) أو الوحدة الاقتصادية (unité économique) التي أساسها وحدة الاستغلال . وقد روى الأخذ بهذا المعيار نظراً لما يكفله نظام الوحدة القانونية من ثبات للوحدة العقارية يحقق التطابق بين الصحيفة العقارية وبين الخريطة المساحية ويصون الائتمان ولئن كانت المنافع العامة ، كالطرق وموارد المياه ، غير قابلة للتصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم ، مما قد يدعو إلى القول بعدم إخضاعها للقيد في السجل ، إلا أن إدراجها فيه واعتبارها وحدة عقارية ، وهو ما أخذ به المشرع ، من شأنه تيسير التحديد المادي للملكيات الخاصة المجاورة لها ، وإعطاء صورة صادقة عن قيمتها ، فضلاً عن إقلال المنازعات بشأن دخول الملك العام في الأملاك الخاصة » .

ويبحث بكل سجل عيني للقسم المساحي فهرس شخصي هجائي ، يكون فيه لكل مالك صحيفة خاصة يبين فيها الوحدات العقارية التي يملكها في هذا القسم المساحي . وتدون بيانات هذا الفهرس من واقع البيانات المثبتة في السجل العيني .

ولا يجوز أن تنقل من مكاتب السجل العيني أصول المحررات التي تم قيدها ولا السجلات والدفاتر والوثائق المتعلقة بالقيود ، على أنه يجوز للسلطات القضائية أو من تندبه من الخبراء الاطلاع عليها .

والقواعد المتعلقة بالرسوم الخاصة بالشهر العقاري تسرى على التصرفات والحقوق الخاضعة لقانون السجل العيني ، سواء فيما يتعلق بقيدها أو التأشير بها أو حفظها أو بالنسبة إلى طلبات الإجراء فيها .

١٥٨ - إثبات الحقوق في السجل العيني لأول مرة : أول خطوة

في إدخال نظام السجل العيني هي إنشاء هذا السجل في كل قسم مساحي . فيجب حصر جميع الوحدات العقارية الكائنة بالقسم المساحي ، وتفرد لكل وحدة عقارية الصحيفة الخاصة بها ، وتثبت الحقوق في هذه الصحيفة ، وهذا ما يسمى بالقيود الأول . وتنص المادة ١١ من قانون السجل العيني على أنه « لا تثبت الحقوق في صحائف السجل إلا إذا كانت قد نشأت أو تقرررت بسبب من أسباب اكتساب الحقوق العينية ، وإذا كان هذا السبب تصرفاً أو حكماً وجب أن يكون قد سبق شهره » (١) .

وتستخلص بيانات الصحائف من المصادر الآتية :

(١) دفتر المساحة وسجل الأطيان .

(٢) التصرفات التي سبق شهرها ، وهي مدونة في دفاتر الشهر العقاري التي سبقت الإشارة إليها . وفي حالة قيام التناقض بين هذه المحررات عن قطعة مساحية واحدة ، تتولى مصلحة الشهر العقاري إثبات الحقوق في صحيفة الوحدة باسم من تعتبره صاحب الحق بعد فحص المحررات المتناقضة ودراستها ، ويرفق بصحيفة الوحدة العقارية تقرير عن نتيجة هذه الدراسة . وإذا كانت

(١) وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني : « وذلك حتى تكون الحقوق قد انتقلت بمقتضاه ، فيمكن إجراء القيد الأول على مقتضاه » .

هناك محررات تتناول نقل حق عيني أو إنشائه أو زواله ولم يسبق شهرها .
 وكانت ثابتة التاريخ عن غير طريق وجود توقيع أو ختم لإنسان توفي .
 فان هذه المحررات تخفض رسوم شهرها بمقدار ٥٠٪ إذا قدمت للشهر
 في خلال شهرين من تاريخ صدور القرار الوزاري بتعيين الأقسام المساحية
 التي يسرى عليها نظام السجل العيني . والغرض من تخفيض الرسوم في هذه
 الحالة تشجيع الناس على شهر تصرفاتهم . وحثهم على المبادرة إلى ذلك .
 بتحديد ميعاد قصير يتم فيه هذا الشهر . فاذا ما تقدمت طلبات الشهر إلى
 مكاتب الشهر العقاري . أرسلت صور من هذه الطلبات بمجرد تقديمها
 إلى الهيئة القائمة على إعداد السجل العيني للنظر في إثبات الحقوق في صحائف
 الوحدات العقارية على أساس هذه المحررات .

(٣) استمارات التسوية المشار إليها في المادة ١٩ من قانون السجل العيني .
 وتنص هذه المادة على أنه « في أحوال التبادل على عقارات بعقود لم تشهر .
 وفي أحوال وضع اليد على عقارات مفرزة بمقتضى عقود قسمة لم تشهر .
 وفي جميع الأحوال الأخرى التي لا يكون وضع اليد فيها ثابتا في محررات
 مشهرة . يجوز لأصحاب الشأن ، باتفاقهم واتفاق من يكون له حقوق
 عينية تبعية على هذه الأعيان . أن يقوموا في ميعاد الشهرين المشار إليه في المادة
 السابقة بإثبات اتفاقاتهم في استمارات تسوية تقوم مقام المحررات المشهرة
 وتسلم هذه الاستمارات إلى الهيئة القائمة على إعداد السجل العيني للنظر في إثبات
 الحقوق في صحائف الوحدات العقارية وفقا لها . وتخفيض رسوم الشهر .
 المستحقة عن هذه الاستمارات بمقدار ٥٠٪ ، إذا كان وضع اليد سابقا
 على صدور القانون بمدة خمس سنوات على الأقل . ويصدر قرار من وزير
 العدل ببيان كيفية تحرير الاستمارات » . وقد قصد من استمارات التسوية
 هذه تشجيع الناس على إثبات حقوقهم المستمدة من وضع اليد ، إذا لم يكن
 وضع اليد ثابتا في محررات تم شهرها . فتقوم استمارات التسوية ، التي تتضمن
 اتفاق أصحاب الشأن على إثبات هذه الحقوق وكذلك أصحاب الحقوق
 العينية التبعية على العقارات ، مقام هذه المحررات . وتسلم إلى الهيئة القائمة
 على إعداد السجل العيني للنظر في إثبات الحقوق التي تتضمنها في صحائف

الوحدات العقارية . وقد أشار النص بوجه خاص إلى أحوال التبادل على عقارات بعقود لم تشهر ولكن تلاها وضع اليد على العقارات . وإلى عقارات مفرزة وضع المتقاسمون أيديهم عليها بموجب عقود قسمة لم تشهر . ويجب أن يقوم أصحاب الشأن بإثبات اتفاقاتهم في استمارات التسوية في خلال شهرين من تاريخ صدور القرار الوزاري بتعيين الأقسام المساحية التي يسرى عليها نظام السجل العيني . فإذا كان وضع اليد قديما أى سابقا على صدور قانون السجل العيني في ٢٤ مارس سنة ١٩٦٤ بمدة خمس سنوات على الأقل خفضت رسوم الشهر المستحقة عن هذه الاستثمارات بمقدار ٥٠ ٪ .

(٤) وضع اليد في غير الأحوال المشار إليها فيما تقدم ، ويجب تحقيق واقعة وضع اليد (١) . ولكن لا تثبت الحقوق في السجل العيني على أساس وضع اليد ، إلا إذا لم يكن في المحررات التي تم شهرها ما يناقضها (٢) .

(١) وقد جاء في المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني : « وجدير بالذكر أن الأسباب الأخرى لاكتساب الحقوق العينية والتي لا يتطلب القانون شهرها يمكن الأخذ بها ، وإثبات الحقوق في السجل العيني لأول مرة على أساسها وفقا لأحكام هذا القانون . وتسهيلا للإدراج الأول في السجل ، تقضى المادة ١٣ بأنه لا يصح للمصلحة إثبات الحقوق على أساس وضع اليد المكسب إلا إذا لم يكن في المحررات المشهرة ما يناقضها . ومن المفهوم أنه يجب على المصلحة التثبت في هذه الحالة من توافر شروط اكتساب الملكية بالتقادم . أما إذا قام التناقض بين المحررات المشهرة عن قطعة مساحية واحدة ، فتتولى المصلحة إثبات الحقوق في صحيفة الوحدة باسم من تعتبره صاحب الحق بعد فحص المحررات المتناقضة ودراستها ، على أن يرفق بصحيفة الوحدة تقرير عن نتيجة هذه الدراسة ضمن الوثائق المتعلقة بالسجل (م ١٨) . وبديهي أنه لا يدخل في حكم النص حالة التنازع في وضع اليد ، إذ العبرة هنا بالمحررات المشهرة المؤيدة بوضع اليد » .

(٢) والأصل أن للسجل العيني حجية مطلقة كما سبق القول (أنظر آنفا فقرة ١٣٦) . وعلى ذلك لا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت في السجل (م ٣٧ من قانون السجل العيني) . ولكن يستثنى من ذلك قيد الحقوق المستندة إلى وضع اليد المكسب بناء على حكم صادر بذلك ، بشرط أن ترفع الدعوى أو يصدر الحكم في خلال خمس سنوات من بدء سريان نظام السجل العيني على القسم المساحي الواقع فيه الوحدة العقارية محل وضع اليد . فإذا رفع واضع اليد دعواه بتملكه العقار بالتقادم وصدر الحكم لصالحه قبل انقضاء مدة الخمس السنوات ، أو رفع دعواه في خلال هذه المدة ولولم يصدر الحكم لصالحه إلا بعد انقضائها ، قبل قيد الحق الذي تملكه بالتقادم في السجل العيني على خلاف ما هو ثابت بهذا السجل بناء على هذا الحكم .

وبعد أن ينشأ السجل العيني في القسم المساحي وتثبت فيه الحقوق لأول مرة على الوجه الذي بسطناه ، تتخذ الإجراءات لدعوة أصحاب الشأن من ملاك وأصحاب حقوق عينية إلى الاطلاع على بيانات الوحدة العقارية الخاصة بهم ، حتى إذا كان هناك وجه للاعتراض عليها منهم تقدموا بدعواهم وطلباتهم إلى اللجنة القضائية التي سيأتي ذكرها ، ويكون ذلك بعد صدور القرار الوزاري بتعيين الأقسام المساحية التي يسرى عليها نظام السجل العيني . وتنص المادة ٢٠ من قانون السجل العيني في هذا الصدد على أنه « بعد صدور القرار الوزاري المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار . ينشر في الجريدة الرسمية ، وفقا للإجراءات والمواعيد التي تحددها اللائحة التنفيذية . إعلان يتضمن تنبيه أصحاب الشأن من ملاك وأصحاب حقوق عينية إلى ميعاد سريان القانون في القسم المساحي ، ودعوتهم إلى الاطلاع على بيانات الوحدة العقارية الخاصة بهم ، كما يتضمن تنبها إلى ميعاد الطعن المذكور في المادة ٢١ . وعند حلول ميعاد السريان المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار . ينشر عن البيانات الخاصة بالوحدات العقارية الكائنة بالقسم المساحي لإطلاع أصحاب الشأن عليها . ويرسل لإخطار ، بالطريقة التي تبينها اللائحة ، إلى

وتنص المادة ٣٨ من قانون السجل العيني على هذه الأحكام فيما يأتي : « استثناء من أحكام المادة السابقة يقبل قيد الحقوق استناداً إلى وضع اليد المكسب للملكية ، إذا رفعت الدعوى أو صدر الحكم فيها خلال خمس سنوات من انقضاء المدة المتصوص عليها في القرار الوزاري المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار . ولا تكون هذه الحقوق حجة على من تلقى حقاً عينياً من المالك المقيد في السجل قبل حصول التأشير المنصوص عليه في المادة ٣٢ من هذا القانون (التأشير في السجل بمضمون الطلبات في دعوى التملك بالتقادم) » .

وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني في هذا الصدد : (. . نصت المادة ٣٧ على أن يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ، ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل . فحظرت بذلك التملك بالتقادم . كقاعدة عامة - في مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل . فن أثبت اسمه في السجل كمالك للعقار يصبح في مأمن تام من أن يفاجأ بادعاء أي مغتصب يزعم أنه تملك العقار بوضع اليد ، وهو أمر تقتضيه طبيعة القوة المطلقة للقيد في السجل . على أن المشرع قد أتى بحكم وقى روعى فيه التوفيق بين الأحكام الجديدة وبين ما ينبغى من احترام لوضع اليد السابق على القانون ، فنص في المادة ٣٨ على أنه استثناء من أحكام المادة السابقة . . . » .

أصحاب الشأن الواردة أسماؤهم في كل صحيفة من صحائف الوحدات العقارية ببيان ما أثبت باسمهم في هذه الصحائف من حقوق : وما يقع على هذه الوحدات العقارية من تكاليف وحقوق عينية .

وفي خلال سنة من بدء سريان قانون السجل العيني على القسم المساحي - ويجوز بقرار من وزير العدل مدتها سنة أخرى - يجوز لكل ذي شأن أن يتقدم بطلب إجراء تغيير في بيانات السجل العيني المتعلقة بالوحدات العقارية الواقعة في هذا القسم المساحي . ويرفع هذا الطلب إلى لجنة قضائية تشكل في كل قسم مساحي ، برئاسة رئيس محكمة ابتدائية وعضوية اثنين من موظفي مصلحة الشهر العقاري أحدهما قانوني والثاني هندسي . ويصدر بتعيين أعضائها ولائحة إجراءاتها قرار من وزير العدل . وتكون الأحكام الصادرة من اللجنة القضائية قابلة للاستئناف أمام محكمة الاستئناف الواقع في دائرتها القسم المساحي . ومع ذلك تكون هذه الأحكام نهائية لا تقبل الاستئناف : (١) إذا كان التغيير المطلوب إجراؤه في بيانات السجل متفقاً عليه بين جميع ذوى الشأن الواردة أسماؤهم في صحائف الوحدات المطلوب إجراء التغيير فيها . (٢) إذا كان هذا التغيير لا يمس بحق شخص من الأشخاص الواردة أسماؤهم في صحائف الوحدات المطلوب إجراء التغيير فيها . (٣) إذا كان الحق المتنازع فيه لا يتجاوز أصلاً النصاب النهائي للمحكمة الابتدائية (١) .

١٥٩ - **التفسير والتصحيح في بيانات السجل العيني** : والبيانات المدونة في صحائف السجل العيني لا يجوز في الأصل إجراء تغيير أو تصحيح فيها .

(١) وتنص المادة ٢٥ من قانون السجل العيني على أنه « لاتستحق رسوم على الدعاوى والطلبات التي ترفع إلى اللجنة . على أنه إذا تبين للجنة أن طلب إجراء التغيير يستر تصرفاً جديداً يراد التهرب من أداء الرسوم المستحقة عنه ، ضمننت قرارها أداء الرسوم وفقاً للقوانين المعمول بها ، ولا ينفذ قرارها إلا بعد أداء الرسوم . كما يستحق عند استئناف الأحكام الصادرة من اللجنة الرسوم المستحقة أصلاً عن الدعاوى الابتدائية وعن الاستئناف ، وترد الرسوم كلها أو بعضها عند الحكم لصالح المستأنف » .

أما التغيير في البيانات ، فلا يجوز إجراؤه إلا بناء على حكم صادر من اللجنة القضائية على الوجه الذى سبق بيانه (١) ، أو بناء على حكم أو قرار صادر من المحكمة التى يقع القسم المساحى فى دائرتها . أو بناء على محررات رسمية صادرة ممن يملك التصرف فى الحقوق الثابتة فى السجل (٣٩ / ١ من قانون السجل العيني) (٢) . كذلك تعدل بيانات السجل العيني إذا تناول الوحدة العقارية تغيير بسبب إضافة مبان أو إنشاء تفاصيل هامة أو تعديلها أو إزالتها ، سواء أخطر عنها مالك الوحدة العقارية أو تكشف فى أثناء إجراء عملية تحديد أو غيرها ، وهذا ما تنص عليه المادتان ٤٠ و ٤١ من قانون السجل العيني . فتتضمن المادة ٤٠ على أنه « يجب على ملاك الوحدات العقارية إخطار أمين السجل بكل تغيير يتناول الوحدة العقارية بسبب إضافة مبان أو إنشاء تفاصيل هامة أو تعديلها أو إزالتها ، ويرفق بالإخطار إقرار رسمى يتضمن التغييرات ، وتعدل بيانات السجل العيني تبعاً لها دون اقتضاء أية رسوم . ويجب أن يتم الإخطار فى خلال الثلاثة أشهر التالية لإتمام التغيير » . وتنص المادة ٤١ على أنه « إذا تبين عند الانتقال للطبيعة لإجراء عملية تحديد أو غيرها وجود تغييرات غير مثبتة فى صحائف السجل ، أثبتت فى السجل بقرار يصدره الأمين متضمناً هذه التغييرات ، مع إلزام المالك المتخلف عن الإخطار المشار إليه بالمادة السابقة بغرامة قدرها ١/٢ ٪ من قيمة العقار وبشرط ألا تتجاوز مائة جنيه ولا تقل عن عشرة جنيهات ، ويعتبر هذا القرار

(١) انظر آنفا ص ٤٣٨ .

(٢) وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني فى هذا الصدد : « هذا وقد أورد القانون الاستثناءات التى ترد على المبدأ السابق (مبدأ القوة المطلقة للقيد) ، فنص فى الفقرة الأولى من المادة ٣٩ على المحررات التى يجوز قبولها لإجراء تغيير فى البيانات الواردة فى السجل العيني ، وحصرها فى قسمين : (الأول) المحررات الموثقة الصادرة من يملك التصرف فى الحقوق الثابتة فى السجل . على أن الرسمية لا تعتبر ركناً فى التعاقد ، ولكنها شرط جوهري لقيد المحررات فى السجل ، بحيث لا يسوغ قيدها استناداً إلى عقد عرفى ، ولو صدر به حكم بصحة التعاقد . (الثانى) الأحكام أو القرارات الصادرة من المحكمة التى يقع القسم المساحى فى دائرتها أو من اللجنة القضائية المشار إليها فى المادة ٢١ » .

نهائيا . وتحصل بالطريق الإداري . وتكون لها مرتبة امتياز رسوم الشهر .
وللأمين العام الإقالة من الغرامة أو تخفيضها ، إذا أبدت أعذار مقبولة « (١) .
وأما التصحيح في بيانات السجل العيني ، فلا يتناول إلا الأخطاء المادية
البحثة . فإذا كان القيد لم يتم بعد ، كان لأمين السجل أن يصحح هذه الأخطاء
من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أصحاب الشأن . أما إذا تم القيد ، فانه
يجب على الأمين عدم إجراء التصحيح إلا بعد إخطار ذوى الشأن بكتاب
موصى عليه بعلم وصول ، ويحرر محضرا يوضح فيه أسباب الخطأ وكيفية
كشفه (م ٣٩/٢ و ٣ من قانون السجل) (٢) .

وتتم إجراءات التغيير والتصحيح بناء على طلب ذوى الشأن أو من
يقوم مقامهم ، وفقا للشروط والأوضاع التي ينص عليها قانون السجل
العيني ولائحته التنفيذية . ويخطر كل شخص تغيرت حقوقه أو زالت ،
نتيجة للتغيير أو التصحيح ، بكل قيد أو محو أو تأشير أو تصحيح أجرى
في السجل العيني . وذلك بإرسال خطاب موصى عليه مع علم وصول إلى

(١) وتنص المادة ٦٣ من قانون السجل العيني على ما يأتي : « على الجهات المشرفة
على أعمال التنظيم وعلى المحافظات أن تخطر الجهة القائمة على السجل العيني في أول كل شهر
برخص البناء والهدم المعطاة لأصحاب الشأن ويربط العوايد المستعجلة ، وذلك لكي تقوم الجهة
الأخيرة بتطبيق نظام المدن على الوحدات العقارية المنشأة عليها هذه الأبنية عند إدراج أى تصرف
يتعلق بها في السجل العيني » . ويعاقب على مخالفة أحكام هذه المادة بغرامة لا تقل عن مائة
قرش ولا تتجاوز عشرة جنيهات . وتتعدد الغرامة بتعدد المخالفات (م ٦٦ من قانون السجل
العيني) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني في هذا الصدد : « عذا وقد أجازت
الفقرة الثانية من المادة ٣٩ لأمين السجل أن يصحح الأخطاء المادية البحثة ، سواء من تلقاء نفسه
أو بناء على طلب ذوى الشأن . على أن هذا التصحيح مشروط بشرط جوهرى ، هو ألا يكون القيد
في السجل قد تم ، وإلا وجب عليه عدم إجراء التصحيح إلا بعد إخطار ذوى الشأن بكتاب
موصى عليه بعلم الوصول ، نظراً لما يترتب على هذا الإجراء من آثار قد تلحق بهم الضرر ،
وقد تعداهم إلى غيرهم ممن يتعاملون معهم . ويحرر الأمين محضراً يوضح فيه أسباب الخطأ
وكيفية كشفه . والمقصود بالأخطاء المادية البحثة الأخطاء الكتابية والحسابية التي تقع أثناء
نقل مضمون المحرر إلى صحيفة السجل ، كما أن المقصود بوقف إتمام القيد الوقت الذي لا تكون
قد أعطيت فيه صورة من صحيفة السجل أو الشهادات للمالك أو غيره . وبديهي أنه فيما عدا ذلك
من الأخطاء ، فلا يجوز تصحيحها إلا وفقا لأحكام الفقرة الأولى من النص » .

محله المعين في السجل العيني . ويدرج القيد أو المحو أو التأشير أو التصحيح بأكمله في سند الملكية وهو صورة من الصحيفة العقارية تسلم للمالك ، وفي الشهادة التي تسلم لغير الملاك من ذوى الشأن وبها البيانات الخاصة بهم في السجل العيني . وإذا ألغى المحو ، عاد لقيد الحق العيني التبعي مرتبته الأصلية في السجل العيني ، ومع ذلك لا يكون لإلغائه أثر رجعي بالنسبة إلى القيود التي أجريت في الفترة ما بين المحو والإلغاء .

١٦٠ - إجراءات الغير في السجل العيني : وإذا ما أعد السجل العيني

في قسم مساحي وأثبتت في صحائفه الحقوق لأول مرة على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم ، فإن جميع التصرفات والأحكام واجبة الشهر التي تصدر منذ بدء سريان نظام السجل العيني في هذا القسم المساحي يجب قيدها في السجل العيني ، وفقا لإجراءات تلتخص فيما يأتي :

يقدم طلب القيد إلى مأمورية السجل العيني التي يقع العقار في دائرة اختصاصها ، وفقا للإجراءات والأوضاع المقررة في اللائحة التنفيذية . ويشتمل الطلب ، فضلا عما يتطلبه القانون في أحوال خاصة ، على البيانات التي تحددها اللائحة التنفيذية . ويرفق بالطلب صحيفة الوحدة العقارية والمستندات المؤيدة للبيانات الواردة في الطلب ، ولا يقبل في إثبات أصل الملكية أو الحق العيني . سوى صحيفة الوحدة العقارية أو الشهادات المستخرجة من السجل العيني ذلك أنه بعد إجراء القيد الأول في السجل وإتمام النشر عنه وفوات مواعيد الطعن أو الفصل نهائيا فيما يرفع من طعون ، لا يقبل أى مستند لإثبات أصل الملكية أو الحق العيني سوى المستندات المستخرجة من السجل . وتدون الطلبات على حسب تواريخ وساعة تقديمها بدفتر يعد لذلك بالمأمورية ، يسمى « دفتر أسبقية الطلبات » . وترقم الطلبات بأرقام متسلسلة ، ويبين في هذا الدفتر مراحل العمل في الطلبات (١) . وهذه المراحل هي التي تتضمن بحث الطلب بالمأمورية (٢) .

(١) ويعتبر الطلب كأن لم يكن إذا لم يتم قيد المحرر في السجل العيني خلال سنة من تاريخ قيد الطلب بالمأمورية ، وتمتد هذه المدة سنة ثانية إذا قدم الطالب قبل انتهاء السنة الأولى بأسبوعين طلبا بالامتداد وأدى عنه الرسم المطلوب (م ٤٩ من قانون السجل العيني) .

(٢) وتنص المادة ٦٤ من قانون السجل العيني على ما يأتي : « على السلطات المختصة =

وإذا قدم للمأمورية أكثر من طلب في شأن عقار واحد ، وجب أن تبحث هذه الطلبات وفقا لأسبقية تدوينها في دفتر أسبقية الطلبات ، وأن تنقضى بين إعادة الطلب السابق مؤشرا على المحرر الخاص به بالصلاحيات وإعادة الطلب اللاحق مؤشرا عليه بذلك فترة معادلة للفترة التي تقع بين ميعاد تدوين كل منهما ، على ألا تتجاوز هذه الفترة سبعة أيام وعلى أن تحسب من تاريخ الأرسال . فإذا لم يتيسر إتمام الإجراءات الخاصة بالطلب الأسبق بسبب نقص أو عيب في البيانات أو الأوراق ، أخطر صاحب الشأن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول لتلافى هذا النقص أو العيب في خلال أجل لا يتجاوز خمسة عشر يوما من تاريخ الإرسال . فإذا لم يفعل ، رفع الأمر إلى أمين السجل العيني ، وللأمين أن يصدر قرارا مسيبا بسقوط أسبقية هذا الطلب ، أو بوقف الإجراءات الخاصة بالطلبات التالية إذا رأى منح أجل جديد لصاحب الطلب الأسبق . ولمن تقرر سقوط أسبقية طلبه ، وكذلك لمن أشر على طلبه باستيفاء بيان لا يرى وجهها له ، أن يطلب إلى أمين السجل العيني ، في خلال عشرة أيام من وقت إبلاغ قرار السقوط أو الاستيفاء إليه ، قيد المحرر في دفتر العرائض ، وذلك بعد توثيقه وبعد أداء الرسم وإيداع كفالة قدرها ١/٢ من قيمة الحق الذي يتضمنه المحرر على ألا يزيد مقدار هذه الكفالة على عشرة جنيهات ، ويجب أن يبين الطالب في طلبه الأسباب التي يستند إليها . فإذا لم يتقدم بهذا الطلب في الميعاد المحدد ، أصبح قرار السقوط أو الاستيفاء نهائيا . وإذا تقدم به ، وجب على أمين السجل العيني ، بعد توثيق المحرر . قيد الطلب في دفتر العرائض ، ثم رفع الأمر إلى اللجنة القضائية التي سبقت الإشارة إليها (١) . ويوقف بحث الطلبات اللاحقة إلى أن يصدر قرار اللجنة . وتصدر اللجنة على وجه السرعة قرارا

= أن تقدم البيانات والأوراق التي تطلبها الجهة القائمة على السجل العيني أو التي يوجب القانون تقديمها والمتعلقة بإجراءات القيد ، خلال عشرين يوما من تاريخ طلبها . ويعاقب على مخالفة أحكام هذه المادة بغرامة لا تقل عن مائة قرش ولا تتجاوز عشرة جنيهات ، وتعدد الغرامة بتعدد المخالفات (م ٦٦ من قانون السجل العيني) .

وانظر نصوصا موافقة في المادة ٦ من مشروع قانون إصدار المشروع الجديد لقانون الشهر العقاري والتوثيق ، وفي المادة ٥٦ من هذا المشروع الجديد .

مسببا إما بتأييد قرار أمين السجل العيني ورفض قيد المحرر ، أو بجواز هذا القيد ، تبعا لتخلف أو تحقق الشروط التي يتطلب القانون توافرها لقيد المحرر في السجل العيني . ولا يجوز الطعن في قرار اللجنة بأي طريق من طرق الطعن . فاذا صدر القرار برفض قيد المحرر ، وجب التأشير بالرفض في دفتر العرائض أمام الطالب ، ورد المحرر لصاحب الشأن بعد التأشير عليه بمضمون القرار وتاريخه . أما إذا صدر قرار اللجنة بقيد المحرر ، وجب إجراء ذلك بحسب ترتيب قيد الطلب المتعلق به في دفتر العرائض . ويجب أن يتضمن قرار اللجنة رد الكفالة للمتظلم إذا قبل تظلمه أو رفض ولكن اللجنة رأت أنه بني على أسباب جدية ، وإلا وجب أن يتضمن القرار مصادرة الكفالة .

وإذا قدم طلب لإجراء قيد محرر ، ورأى أمين السجل العيني رفض هذا الطلب لأنه لم يستوف الشروط اللازمة ، فعلى الأمين أن يذكر أسباب هذا الرفض على الطلب وفي دفتر العرائض ، وإبلاغ ذلك للطالب مع تحديد ميعاد أسبوعين له من تاريخ الإرسال لتقديم اعتراضاته على هذا الرفض . وبصبح قرار الأمين بالرفض نهائيا إذا مضى الميعاد المذكور دون أن يقدم الطالب اعتراضا . فاذا قدم اعتراضا في الميعاد ، ورفض أمين السجل العيني هذا الاعتراض ، كان للطالب ، في خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إرسال قرار الرفض إليه ، أن يطلب إلى الأمين رفع الأمر إلى اللجنة القضائية . وتصدر اللجنة قرارها على وجه السرعة ، إما بتأييد رفض القيد أو الإلزام بإجرائه .

وإذا توافرت جميع الشروط واستوفيت جميع الإجراءات ، تم القيد في السجل العيني بالمطابقة للمستندات المقدمة ، وبترتيب الطلبات في دفتر العرائض ، وبنفس تاريخ القيد . ويتم القيد بكل عناية ، ويحفظ واضح ، دون كشط أو محو أو شطب أو تحشير .

وكل من توصل إلى قيد محرر لسلب عقار مملوك للغير أو ترتيب حق عيني عليه ، مع علمه بذلك ، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين ، مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يقضى

بها أى قانون آخر. ويعاقب على الشروع فى هذه الجريمة بنصف هذه العقوبة (١).

١٦١ - سندات الملكية والشهادات المستخرجة من السجل العينى : ويسلم صورة للمالك من الصحيفة العقارية الخاصة به بعد أداء رسم قدره مائة قرش ، وتسمى هذه الصورة « سند الملكية » . وإذا تعدد الملاك على الشيوع لعقار واحد ، سلم كل منهم صورة من سند الملكية باسم جميع الملاك المشتاعين (٢) ، ويؤدى كل منهم رسماً قدره مائة قرش .

أما غير الملاك من ذوى الشأن ، كصاحب حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق اختصاص أو حق امتياز ، فتسلم لهم ، بناء على طلبهم ، شهادة بها البيانات الخاصة بهم فى السجل العينى ، بعد أداء الرسم المقرر . وعلى أمين السجل العينى أن يعطى فى أى وقت شهادة بمطابقة سند الملكية أو الشهادة للسجل العينى ، وذلك بعد أداء الرسم المقرر .

ولا يجوز تسليم صورة ثانية من سند الملكية أو الشهادة إلا فى حالة تلف أو ضياع الصورة الأولى . ويكون ذلك بقرار من اللجنة القضائية ، وبعد أداء الرسم المقرر (٣) .

(١) أنظر نصاً مماثلاً استحدثه المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق فى المادة ٥٥ منه (وتطابق المادة ٦٥ من قانون السجل العينى) .

(٢) وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العينى فى هذا الصدد : « وإذا ثار البحث حول مبدأ تسليم صورة واحدة من الصحيفة العقارية فى حالة امتلاك شخصين أو أكثر لعقار على الشيوع - وهو مذهب التشريع التونسى - أو تسليم صورة منها لكل مالك ، حبذ المشرع الأخذ بمبدأ تعدد الصور ، نظراً لما لوحظ من صعابه بشأن من تسلم له الصورة من الشركاء فى حالة عدم اتفاقهم ، والأساس الذى يصلح أن تقوم عليه المفاضلة بينهم ، فنص على أن يسلم لكل منهم صورة من سند الملكية باسم جميع المشتاعين » .

(٣) وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العينى فى هذا الصدد : « وحماية لكل من يتعامل مع المالك أو غيره من تقييد حقوقهم فى السجل ، وتقليلاً لحالات تداول السند ما أمكن ، لم تجز المادة ٦٠ تسليم صورة ثانية من سند الملكية أو الشهادة إلا فى حالة تلف أو ضياع الصورة الأولى ، على أن يكون ذلك بقرار من اللجنة المشار إليها فى المادة ٢١ . على أن هذا لا يمنع ولا شك صاحب الشأن الحريص من الرجوع إلى السجل العينى . والمقصود بالتلف فى حكم هذه المادة التلف الذى يفقد السند قيمته » .

الفصل الثالث

الشفعة

(Préemption)

تمهيد

١٦٢ - التعريف بالشفعة وتكييفها القانوني - نص قانوني : تنص المادة

٩٣٥ مدني على ما يأتي :

« الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري ، في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ - الشفعة رخصة تجيز الحصول محل المشتري إذا وقع البيع على عقار في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية . ٢ - والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة ، وإنما ينتقل بالميراث ، وهو حق لا يتجزأ في استعماله . وفي لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتي : « ١ - الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية . ٢ - والحق في الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالميراث . والأخذ به لا يتجزأ » ، وأصبح رقم النص ١٠٠٧ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٠٤ . وفي لجنة الشيوخ دار نقاش حول توريث حق الشفعة . وكان من رأى بعض الأعضاء توريثه . ومن رأى بعض آخر عدم توريثه لأنه حق شخصي حتى أن الدائنين لا يمكنهم استعماله نيابة عن مدينهم ، وقد استقر القضاء على أن الشفعة ليست حقاً وإنما هي خيار ورخصة لا يجوز انتقالها إلى الورثة ولا استعمالها من الدائنين . ثم استقر رأى اللجنة على حذف الفقرة الثانية من النص وترك حكمها لاجتهاد القضاء ، وأصبح رقم النص ٩٣٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٥ - ص ٣٥٧) .

هذا وقد ناقشت اللجنة التي كانت برئاسة الأستاذ كامل صدقي (وهي اللجنة التي قامت بوضع نصوص الشفعة التي استقيت منها نصوص المشروع التمهيدي في الشفعة) هذا النص مناقشة طويلة . واختلط الأمر في هذه المناقشات ، في المقابلة ما بين الرأى القائل بأن الشفعة حق عيني والرأى القائل بأنها حق شخصي . فاستعملت عبارة « الحق العيني » بمعناها المعروف ، في حين أن عبارة « الحق الشخصي » استعملت لا بالمعنى المقابل للحق العيني ، بل بمعنى أن الشفعة حق متصل بشخص الشفع (أنظر على سبيل المثال ما جاء في محضر جلسة ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٠ - ص ٣٥١ في الهامش) . وفي رأينا =

ويخلص من هذا التعريف أن الشفعة ، وهى سبب من أسباب كسب الملكية ، رخصة إذا استعملها الشفيع - وسيأتى بيان من هو الشفيع - تملك عقارا باعه صاحبه لغيره . وحل الشفيع محل المشتري فى هذا البيع ، بشروط سيأتى بيانها . فهى إذن لا تكون إلا فى بيع عقار ويسمى العقار المشفوع فيه ، ومن شفيع عيّن القانون أحواله . وجعله كما سترى يشفع

== أن أدق ما دون فى هذه المسألة فى محاضر جلسات لجنة الأستاذ كامل صدق ما ورد فى محضر جلسة ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ على لسان أحد الأعضاء : « إن هناك مسألة أولية يتعين البدء بالبت فيها قبل البحث فيما إذا كان حق الشفعة حقا عينية أم شخصيا ، وهذه المسألة هى معرفة ما إذا كانت الشفعة حقا أم مجرد وسيلة لاكتساب حق . فإذا سلمنا بأن الشفعة ليست إلا مجرد وسيلة لاكتساب حق الملكية كما يبينو ، فلا حاجة للبحث فيما إذا كانت هذه الوسيلة شخصية أو عينية . ذلك أن الشفعة طريق من طرق اكتساب الملكية بحلول الشفيع محل المشتري . وبناء على ذلك يكون من التزيد البحث فى شخصية أو عينية هذه الوسيلة من وسائل اكتساب الملكية التى تحمى دعوى . فإذا توفى الشفيع قبل مباشرة دعواه . سقطت الشفعة بوفاته . أما إذا كان قد رفع الدعوى فإنها تصبح جزءاً من ذمته وتنتقل إلى ورثته مع أموال التركة ، شأنها فى ذلك شأن دعوى التعويض مثلا . إذ ليس هناك مبرر للفرقة بين دعوى الشفعة وبين أية دعوى أخرى . فكل الدعوى تكون جزءاً من ذمة الشفيع وتنتقل بالتالى إلى ورثته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥١ - ص ٣٥٢ فى الهامش) . وقال عضو آخر فى نفس الجلسة تأييدا لما تقدم : « فالشفعة إذن ليست سوى طريقة لاكتساب الملكية ، شأنها فى ذلك شأن البيع وهو ليس حقا عينيا بل هو طريقة لاكتساب الملكية . وليس حق الشفعة بأقوى من البيع ، مع أن البيع لم يوصف فى وقت ما بأنه حق عيني » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٣ فى الهامش) . ولامقابل للنص فى قانون الشفعة السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل (وقد ألغى هذا التقنين الشفعة أصلا من بين أسباب كسب الملكية) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٣٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٢٨ : الشفعة هى حق تملك العقار المبيع ولوجبرا على المشتري ، بما قام عليه من الثمن والتنفقات المعتادة . (والنص يوافق فى مجموعة نص التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١/٢٣٨ (عدلت بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : الشفعة حق يجوز لصاحبه أن ينتزع العقار المبيع من المشتري ، فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية . (والنص يوافق فى مجموعة نص التقنين المصرى) .

بعقار آخر يملكه ويسمى العقار المشفوع به . فالشفعة تفترض أن هناك شفيعا وهو الذى يأخذ بالشفعة ، ومشفوعا منه وهو المشتري الذى يحل محله الشفيع ، وبائعا لهذا المشتري وهو الذى حل الشفيع بازائه مشتريا محل المشتري الأصلي ، وعقارا مشفوعا به وهو العقار المملوك للشفيع وقد شفع به ، وعقارا مشفوعا فيه وهو العقار الذى باعه صاحبه للمشتري الأصلي وشفع الشفيع فيه .

وقد قام فى الفقه المصرى جدل مشهور فى تكييف الشفعة ، هل هى حق عيني أو حق شخصى . والذين قالوا بأن الشفعة حق عيني إنما قصدوا أن يرتبوا على ذلك نتائج من أهمها أن تكون دعوى الشفعة من اختصاص المحكمة الكائن فى دائرتها العقار المشفوع فيه . ولم يكونوا فى حاجة إلى هذا القول للوصول إلى هذه النتيجة ، إذ كان يكفيهم أن يقولوا إن الشفعة تكسب الشفيع ملكية العقار المشفوع فيه . فهو عند ما يقيم دعوى الشفعة يطالب بحق عيني عقارى . فيثبت لمحكمة العقار الاختصاص بنظر الدعوى . والذين قالوا بأن الشفعة حق شخصى قصدوا إلى معنى هو صحيح فى ذاته ، ولكنه بعيد كل البعد عن معنى الحق الشخصى المقابل للحق العيني . إذ أرادوا أن يقولوا إن الشفعة حق لصيق بشخص الشفيع فلا يورث عنه ولا تجوز حوالته ولا يجوز لدائى الشفيع أن يستعملوه باسمه . ولم يكونوا هم أيضا فى حاجة إلى معارضة صفة العينية بصفة الشخصية . فعنى الشخصية الذى قصدوا إليه لا يتعارض مع معنى العينية .

والصحيح أن الشفعة ليست بحق عيني ولا بحق شخصى ، بل هى ليست بحق أصلا . إنما الشفعة سبب لكسب الحق . فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية عقار أو حقا عينيا على هذا العقار كحق انتفاع أو حق رقة أو حق حكر . والفرق واضح بين الحق نفسه وبين سبب من أسباب كسبه . فالملكية مثلا حق عيني ، وتكسب بالاستيلاء والميراث والوصية والالتصاق والعقد والحيازة والشفعة . ولم يتساءل أحد هل الاستيلاء أو الميراث أو الوصية أو الالتصاق أو العقد أو الحيازة حق عيني أو حق شخصى ،

فلماذا يتساءلون عن الشفعة هل هي حق عيني أو حق شخصي (١) والشفعة باعتبارها سببا لكسب الحقوق العينية هي ، كما قدمنا (٢) ، واقعة مركبة (Complexe) اقترن فيها الشئ أو الجوار أو الصلة المادية الأخرى القائمة بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به وهذه واقعة مادية ، يبيع العقار المشفوع فيه وهذه بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية أخرى ، باعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانوني صادر من جانب واحد . فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانوني ، ومن ثم يمكن إدخال الشفعة في نطاق الواقعة المادية .

وإذا سرنا في هذا التكييف خطوة أبعد ، قلنا إن هناك مراكز قانونية إذا تهيأت أسبابها لشخص استطاع أن يكسب الحق بإرادته المنفردة . فمن وجه إليه إيجاب وقبل هذا الإيجاب ، فهو بهذا القبول — والقبول إرادة منفردة — قد تعاقد مع الموجب ، فكسب بالعقد حقا شخصيا . فمن وجه إليه الإيجاب تهيأ له مركز قانوني بتوجيه الإيجاب إليه . فاستطاع بإرادته المنفردة ، وهي قبول هذا الإيجاب ، أن يكسب الحق . وإذا توافرت الشروط التي قررها القانون في الشرب أو المحرق أو المسيل أو المرور . وهي الشروط التي بسطناها عند الكلام في قيود الملكية في الجزء الثامن من الوسيط . تهيأ بتوافرها مركز قانوني للجار يستطيع به إذا أراد ، أي بإرادته المنفردة ، أن يكسب حقا عينيا

(١) وقد عثرنا على حكم قديم ، صدر من محكمة الاستئناف الوطنية ، يقرر من زمن بعيد هذا الذي فقوله ، فقد قضت هذه المحكمة بأنه لا يمكن وصف الشفعة بأنها حق عيني يتبع العقار أينما حل ، فقد جاء صريحا في القانون المدني أنها طريقة من طرق كسب الملكية والحقوق العينية ، كالعقود والميراث ووضع اليد بدون فرق . ولا يتصور أن السبب المنتج للحق العيني يسمى نفسه حقا عينيا ، فليست إذن الشفعة حقا من الحقوق يؤثر لذاته في الشيء كالملكية أو حق الانتفاع ، وإنما هي سبب من الأسباب القانونية التي تنشئ حق الملكية العيني ، أو بعبارة أخرى هي مجرد إباحة للتوصل إلى كسب حق الملكية بشروط وفي أحوال مخصوصة . وهذه الإباحة لا تنتج حقا إلا إذا استعملت ، وحينئذ فلا يتولد حق عيني للشفيع بمجرد البيع ، وإنما يتولد هذا الحق عند طلب أخذ الشفيع بالشفعة والقضاء به (استئناف وطني ٢ أبريل سنة ١٨٩٥ القضاء ص ١٠٧) . وانظر أيضا حكما من محكمة مصر الكلية الوطنية ويقول إن القانون لم يجعل حق الشفعة من الحقوق العينية ، بل صرح في المادة ٤٤ مدني بكونه سببا من أسباب الملكية والحقوق العينية وليس واحدا منها (مصر الكلية ٤ يولييه سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ صفحة ٣١٧) .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١ .

في أرض جاره هو حق الشرب أو حق المجرى أو حق المسيل أو حق المرور . ومن كان شريكا مشتاعا في منقول أو في مجموع من المال وباع أحد شركائه حصته في المال الشائع ، تهيأ له بذلك مركز قانوني يستطيع به أن يسترد بارادته المنفردة الحصة المبعة ، وهذا هو حق الاسترداد في المال الشائع الذي بسطنا أحكامه في الجزء الثامن من الوسيط . ومن كان شريكا مشتاعا في عقار أو جارا مالكا لعقار ، وبيعت حصة شائعة في العقار أو بيع عقار مجاور للعقار الذي يملكه ، تهيأ له بذلك مركز قانوني يستطيع به أن يشفع بارادته المنفردة في الحصة الشائعة أو في العقار المجاور ، وهذه هي الشفعة التي نحن الآن بصدددها . فالشفعة إذن تبدأ بأن تكون مركزا قانونيا تهيأ أسبابه للشفيع ، فيكون شريكا مشتاعا في عقار أو مالكا لعقار ، وتباع حصة شائعة في العقار أو يباع عقار مجاور للعقار الذي يملكه . وهنا ينشأ المركز القانوني الذي أشرنا إليه ، ويكون للشفيع رخصة في أن يملك العقار المشفوع . ومن هنا جاء في نص المادة ٩٣٥ مدني سالفه الذكر أن « الشفعة رخصة » ، فالرخصة تتولد إذن بقيام هذا المركز القانوني (١) . وهذه الرخصة تخول للشفيع الحق في أن يملك العقار

(١) والأدق أن يقال إن هذا المركز القانوني لا يتولد عنه مجرد رخصة في التملك ، بل يتولد عنه حق الشخص في أن يملك . وذلك أنه توجد منزلة وسطى بين الرخصة في التملك والحق في الملك ، هي حق الشخص في أن يملك . وقد قلنا في هذا الصدد في الجزء الأول من مصادر الحق في الفقه الإسلامي ما يأتي : « وما بين الرخصة والحق توجد منزلة وسطى ، هي أعلى من الرخصة وأدنى من الحق ... فحق التملك وحق الملك ، الأول رخصة والثاني حق . وما بينهما منزلة وسطى هي حق الشخص في أن يملك . فلو أن شخصا رأى داراً أعجبه ورغب في شرائها ، فهو قبل أن يصدر له إيجاب البائع بالبيع كان له حق التملك عامة في الدار وفي غيرها ، فهذه رخصة . وبعد أن يصدر منه قبول بشراء الدار صارت له ملكية الدار ، وهذا حق . ولكنه قبل القبول وبعد الإيجاب في منزلة وسطى بين الرخصة والحق بالنسبة إلى الدار . فهو من جهة ليس له فحسب مجرد رخصة في تملك الدار كغيرها من الأعيان التي لا يملكها . وهو من جهة أخرى لم يبلغ أن يصبح صاحب الملك في الدار . بل هو بين بين . له أكثر من رخصة التملك وأقل من حق الملك : له الحق في أن يملك . إذ يستطيع بقبوله البيع ، أي بارادته وحده ، أن يصبح مالكا للدار . ولم يصل الفقه الغربي إلى تبين هذه المنزلة الوسطى إلا حيث ارتق ووصل في الرق إلى مرحلة بعيدة . نرى ذلك في الفقه الجرمانى الحديث . ويلعبو الفقيه فون تور (Von Tuhr) هذه المنزلة الوسطى بالحق المنشئ (droit formateur) ، ويعرفه بأنه « مكنة تعطى للشخص ، بسبب مركز قانوني خاص ، في أن يحدث أثراً قانونيا بمحض إرادته » . ويأتي بأمثلة لهذا الحق المنشئ يذكر منها : حق من وجه إليه الإيجاب ، =

المشفوع فيه بإرادته المنفردة ، وذلك بأن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة .
فالشفعة لا تكون سبباً لكسب الملك إلا بقيام مركز قانوني معين تهيأ أسبابه

= وحق المسترد في أن يسترد الحصة الشائعة المبيعة ، وحق البائع وفاء في أن يسترد المبيع ، وحق الشفيع في أن يأخذ بالشفعة وما يقطع في وجود هذه المنزلة الوسطى في الفقه الإسلامي أن القرافي يقابل ، في عبارات صريحة ، ما بينها وبين الرخصة . فيقول عن صاحب الرخصة « من ملك أن يملك » ، وعن صاحب المنزلة الوسطى « من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك » ، وينكر على الأول أن يكون مالكا إطلاقاً ويجعل الثاني محلاً للنظر . وننقل ما يقوله في هذا الصدد : « اعلم أن جماعة من مشايخ المذهب رضى الله عنهم أطلقوا عباراتهم بقولهم من ملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا ، قولان وليس الأمر كذلك بل هذه القاعدة باطلة وبيان بطلانها أن الإنسان يملك أن يملك أربعين شاة ، فهل يتخيل أحد أنه يعد مالكا الآن قبل شرائها حتى تجب الزكاة عليه على أحد القولين ؟ وإذا كان الآن قادراً على أن يتزوج ، فهل يجري في وجوب الصداق والنفقة عليه قولان قبل أن يخطب المرأة لأنه ملك أن يملك عصمتها ؟ والإنسان مالك أن يملك خادماً أو دابة ، فهل يقول أحد إنه يعد الآن مالكا لهما فيجب عليه كليهما وموؤنتهما على قول من الأقوال الشاذة أو الجادة ؟ بل هذا لا يتخيله من عنده أدنى مسكة من العقل والفقه بل القاعدة التي يمكن أن تجعل قاعدة شرعية ، ويجري فيها الخلاف في بعض فروعها لا في كلها ، أن من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك هل يعطى حكم من ملك ؟ قد يختلف في هذا الأصل في بعض الفروع ، ولذلك مسائل . . . (المسألة الرابعة) في الشفعة ، إذا باع شريكه تحقق له سبب يقتضي المطالبة بأن يتملك الشقص المبيع بالشفعة ، ولم أر خلافاً في أنه غير مالك . (المسألة الخامسة) الفقير وغيره من المسلمين له سبب يقتضي أن يملك من بيت المال ما يستحقه بصفة فقره أو غير ذلك من الصفات الموجبة للاستحقاق . . . فإذا سرق هل يعد كالمالك فلا يجب عليه الحد لوجود سبب المطالبة بالتملك ، أو يجب عليه القطع لأنه لا يعد مالكا وهو المشهور ، قولان . فهذه القاعدة ، على ما فيها من القوة من جهة قولنا جرى له سبب التملك ، في تمشيها عسر لكثرة النقوض عليها . أما هذا المفهوم وهو قولنا من ملك أن يملك مطلقاً من غير جريان سبب يقتضي مطالبته بالتملك ولا غير ذلك من القيود ، فهذا جعله قاعدة شرعية ظاهر البطلان لضعف المناسبة جداً أو لعدمها البتة . أما إذا قلنا انعقد له سبب يقتضي المطالبة بالتملك ، فهو مناسب لأن يعد مالكا من حيث الجملة ، تنزيلاً لسبب السبب منزلة السبب ، وإقامة للسبب البعيد مقام السبب القريب ، فهذا يمكن أن يتخيل وقوعه قاعدة في الشريعة . أما مجرد ما ذكره فليس إلا مجرد الإمكان والقبول للملك ، وذلك في غاية البعد عن المناسبة - فلا يمكن جعله قاعدة » (الفروق للقرافي جزء ص ٢٠ - ص ٢١) . ويتبين مما نقلناه عن القرافي أنه يميز بين أوضاع ثلاثة : (أولاً) وضع من ملك أن يملك ، كن ملك أن يملك أربعين شاة ومن ملك أن يتزوج ومن ملك أن يملك خادماً أو دابة . . . هؤلاء جميعاً لا يملكون ، فلا يجب على الأول الزكاة ، ولا على الثاني الصداق والنفقة ، ولا على الثالث الكلفة والموؤنة . . . وترجمة ذلك إلى الفقه الغربي أن هؤلاء جميعاً ليس لهم حق الملك ، =

باجتماع وقائع مادية معينة ، فيكون الشفيع ، ليس حق الملك ، بل الحق في أن يتملك . فاذا أعلن إرادته في الأخذ بالشفعة ، وهذه إرادة منفردة أى تصرف قانونى صادر من جانب واحد . تكاملت عناصر الشفعة باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية فيتملك الشفيع العقار المشفوع فيه ، ويتحول حقه في أن يتملك هذا العقار إلى حقه في ملكيته ، وذلك عن طريق حله محل المشتري (١) .

= وإنما لهم رخصة التملك ، والرخصة ليست بحق . (ثانيا) وضع من جرى له سبب يقتضى المطالبة بالتملك ، كما . . في بيع الشريك لنصيبه بالنسبة إلى شريكه الشفيع ، وفى بيع المال بالنسبة إلى المستحق لفقر أو جهاد أو غير ذلك . هؤلاء أيضا ، على خلاف فى رأى ، لا يملكون بمجرد جريان السبب الذى يقتضى المطالبة بالتملك . فالشفيع لا يملك الشقص المبيع إلا إذا أخذنا بالشفعة ، والفقير لا يملك شئ من بيت المال إلا إذا طالب فأعطى وقبل ذلك إذا سرق وجب عليه اخذ . وترجمة ذلك إلى لغة الفقه الغربى أن هذه هى منزلة الوسطى بين رخصة **الملك** وحق الملك ، فهى دون الملك وفوق الرخصة . (ثالثا) وضع من جرى له سبب الملك ، كمن اشترى أرضا أو شفع فى دار ، فهذا هو الذى له حق الملك « (مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف جزء أول ص ٤ - ص ٨) .

(١) وقد سبق أن قررنا فى هذا الصدد ، فى الجزء الأول من الوسيط ، ما يأتى : « فكثيراً ما يناقش الفقهاء هل الشفعة حق عيني أو هى شئ غير ذلك ، كما يناقشون فى طبيعة الحيابة وهل هى حق عيني . ونحن لا نتردد فى الإجابة على هذه المسائل بما قدمناه . فلا الشفعة ولا الحيابة بحق عيني أو حق شخصى ، بل هما واقعان قانونيتان تدخلان فى أسباب كسب الملكية . فهما إذن ليسا بحقوق ، بل هما مصدر للحقوق . ولا يصح أن يقال عن أى منهما إنه حق عيني أو حق شخصى ، بالقدر الذى لا يصح أن يقال به إن العقد ، وهو أيضا مصدر للحقوق ، حق عيني أو حق شخصى . والأهمية العملية لعدم اعتبار الشفعة حقا أنه لا يجوز لدائى الشفيع أن يستعملوا الشفعة باسم مدينهم . والذى ضلل الناس فى أمر الشفعة هو أنها تجعل الشفيع بالنسبة إلى العين المشفوع فيها فى منزلة من له الحق فى أن يملكها ، وهذه منزلة وسطى بين مجرد الرخصة فى التملك حيث يكون الشخص أجنبيا عن الشئ ، وحق الملكية الكامل حيث يكون للشخص حق عيني فى الشئ . ونظير ذلك شخص صدر له إيجاب بالبيع ، فهو أيضا فى منزلة وسطى بين من له مجرد الرخصة فى الشراء قبل صدور الإيجاب وبين المشتري الذى أصبح مالكا عند تمام البيع . وقد نبه فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه المنزلة الوسطى ، ووصفوها بأنها حق الشخص فى أن يملك ، أو كما يقول القرافي فى الفروق : من انعقد له سبب المطالبة بالملك ، ويفرق بين هذا وبين من ملك أن يملك » (الوسيط جزء أول طبعة ثالثة فقرة ٣٣ ص ١٤٤ هامش ١) . وانظر أيضا شفيق شحاتة فقرة ٢٤١ ص ٢٥٥ (ويدعو هذه المنزلة الوسطى بالحق شبه العيني ، وهذه التسمية محل للنظر) .

وجاء فى المذكره الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « عرفت الشفعة بأنها رخصة « لاحق » لأنها ليست بحق بل هى سبب من أسباب كسب الملكية . فلا معنى للبحث فيما إذا كانت الشفعة =

١٦٣ - الشفعة متصلة بشخص الشفع - نص قانوني : جاء في المشروع

النهائي لنص المادة ٩٣٥ مدني ما يأتي : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالميراث » ، ولكن هذه العبارة حذقت في لجنة مجلس الشيوخ ، « وترك حكمها لأجتهاد القضاء » (١) . ولما كانت الاعتبارات التي قامت عليها الشفعة ، وهي تضرر الشفع من أن يخلف شريكه في الملك أو جاره شريك أو جارجديد ، هي اعتبارات شخصية بحيث تترك لمحض تقدير الشفع إن شاء أخذ بالشفعة وإن شاء لم يأخذ بها ، لذلك لا نتردد في القول بأن الشفعة متصلة بشخص الشفع ولصيقة به . ونستخلص من ذلك النتائج الآتية : (١) أن دائي الشفع لا يجوز لهم أن يستعملوا الشفعة نيابة عن الشفع بطريق الدعوى غير المباشرة . (٢) أن الشفعة لا تنتقل بطريق الحوالة من الشفع إلى الغير . (٣) أن للشفع أن ينزل عن الشفعة بعد قيام سببها ، بل وقبل أن يقوم بها سببها (م ٩٤٨ مدني) . (٤) أن الشفعة ، إذا مات الشفع قبل أن يستعمل حقه فيها ، لا تنتقل بالميراث إلى ورثته . ونستعرض هذه النتائج تباعا :

(أولا) لا يجوز لدائي الشفع أن يستعملوا الشفعة نيابة عن الشفع بطريق الدعوى غير المباشرة : وذلك لسببين . أولهما أن الشفعة رخصة وليست بحق ، ومن المقرر في قواعد الدعوى غير المباشرة أنه لا يجوز للدائنين أن يستعملوا ما لمدينهم من رخص ، فحق الشفع في الأخذ بالشفعة وحق الشريك في استرداد الحصة الشائعة كلاهما رخصة لا يجوز للدائنين استعمالها بالنيابة عن المدين ، مثلها مثل قبول الإيجاب الموجه إلى المدين (٢) والسبب الثاني أن الشفعة متصلة بشخص الشفع كما قدمنا ، ومن المقرر في قواعد الدعوى غير المباشرة أنه لا يجوز للدائنين أن يستعمل باسم مدينه ما كان متصلا بشخص المدين خاصة (م ١/٢٣٥ مدني) (٣) .

— حقا عينيا أو حقا شخصيا . وقد حذف المشروع من التعريف الذي أقرته اللجنة العبارة التي تذكر أن الشفعة سبب لكسب الحقوق العينية ، فان هذا مفهوم من وضع الشفعة بين أسباب كسب الحقوق العينية . وإذا أريد بهذه العبارة ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للجنة ، أن تنفي الشفعة دائرة بين العينية والشخصية ، كان هذا صيا أدنى لحذفها « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤١ - ص ٣٤٨) -

(١) انظر آنفاً ص ٤٤٥ هامش ١ .

(٢) الوسيط ٢ فقرة ٥٤٢ ص ٩٦٤ .

(٣) الوسيط ٢ فقرة ٥٤٤ .

(ثانيا) لا تنتقل الشفعة بطريق الحوالة من الشفيع إلى الغير : فلا يجوز للشفيع ، عندما يثبت له حق الأخذ بالشفعة ، أن يحول هذا الحق إلى غيره ، وذلك أيضا لسببين . أولهما أن الشفعة متصلة بشخص الشفيع ، فلا يجوز له التزول عنها إلى غيره . والسبب الثاني أن الشفعة تتبع العقار المشفوع به فلا تنفصل عنه ، وإذا أراد الشفيع أن يتزل عن الشفعة لغيره وجب عليه أولا أن يتزل عن العقار المشفوع به إلى هذا الغير ، فتتبع الشفعة هذا العقار وتنتقل بالتبعية إلى من انتقل إليه العقار (١) . وعلى ذلك إذا باع الشفيع العقار المشفوع به وأصبح المشتري مالكا لهذا العقار ، ثم بيع العقار المشفوع فيه ، كان لمشتري العقار المشفوع به وهو مالكة الحديد أن يأخذ بالشفعة ، وقد انتقلت إليه مع العقار المشفوع به . أما إذا بيع العقار المشفوع فيه قبل بيع العقار المشفوع به ، فإن المالك الحديد للعقار المشفوع به لا يستطيع الأخذ بالشفعة لأنه لم يكن مالكا له وقت بيع العقار المشفوع فيه . وإنما يأخذ بالشفعة في بيع جديد يرد على العقار المشفوع فيه ، بعد أن تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع به .

(ثالثا) للشفيع أن يتزل عن الشفعة بعد قيام سببها بل وقبل أن يقوم بها سببها : وتنص المادة ٩٤٨ (١) مدني في هذا الخصوص على ما يأتي :

« يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية : (١) إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ، ولو قبل البيع » (٢) . وقد كان قانون الشفعة

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة منفصلا عن العقار المشفوع به ، وهذا هو ما تقضى به طبيعة الشفعة وعلّة مشروعيتها ، وقد أخذ بهذا المبدأ التقنيان الألماني والبولوني » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥١ - ص ٢٥٢) . وتنص المادة ٢٤٣ من قانون الملكية العقارية اللبناني (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن « ينتقل حق الشفعة عند وفاة صاحبه إلى ورثته ، ولا يجوز التفريق عنه لشخص آخر » .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٧ (١) من المشروع التمهيدى على

وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يشمل حل عبارة « صراحة أؤضمنها » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢٢ (١) . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٩ (١) . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « صراحة أؤضمنها » ، وذلك « لأنها تزيد تعقّنه القواعد العامة » ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٤٨ (١) . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٢ - ص ٤٤٩) .

السابق لا يجوز النزول عن الشفعة إلا بعد ثبوت الحق فيها ، وذلك لأن القواعد العامة تقضى بأنه لا يجوز النزول عن حق إلا بعد ثبوت هذا الحق . فكان لا يجوز للشفيع ، قبل بيع العقار المشفوع فيه . أى قبل أن يثبت له الحق في الأخذ بالشفعة ، أن ينزل عن هذا الحق^(١) . أما التقنين المدني الجديد

= ويقابل النص في قانون الشفعة السابق م ١/١٩ : يسقط حق الشفعة في الأحوال الآتية : أولاً - إذا حصل التنازل عنه صراحة أو ضمناً ، ويستدل على التنازل الضمني بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفيع عرف المشتري بصفته مالك العقار نهائياً . (ولم يكن يجوز في قانون الشفعة السابق النزول عن الشفعة إلا بعد ثبوت الحق فيها) .

يقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٥٢ (١) (مطابق) .

التقنين المدني العراقى م ١١٣٤ (د) (موافق)

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٤٦ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : يسقط

حق الشفعة: (١) (٢) إذا أسقطه الشفيع قبل تسجيل المشفوع صراحة في وثيقة خطية ذات تاريخ صحيح تحتوى على اسم المشتري والثن والشروط ، ولا يعود تاريخها إلى أكثر من ستة أشهر قبل التسجيل . (٣) إذا كان الشفيع وكيل البائع بالبيع أو شاهداً على العقد ووقع إمضاءه بلا تحفظ . (٤) إذا أسقط الشفيع حقه بعد التسجيل صراحة أو ضمناً . ولكن هذا الإسقاط لا يجوز بعد تقديم الدعوى بالشفعة إلا برضا المشتري . (والقانون اللبناني يجوز النزول عن الشفعة بطرق معينة ولكن هذه الطرق جميعاً لا تكون إلا بعد ثبوت الحق في الشفعة أى بعد بيع العقار المشفوع فيه) .

(١) أنظر في عدم جواز النزول عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها في قانون الشفعة السابق : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٣٦ - ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لأحكام قانون الشفعة السابق ، بأنه لما كان الاستشفاع حقاً يخول كسب الملك ، فإنه يجوز التنازل عنه مقدماً وفقاً للقواعد العامة ، ولا يغير من هذا النظر أن محل الالتزام هو حق محتمل الوجود ، متى كان الملتزم يعلم مقدماً كنه هذا الحق ومداه وأثر التنازل عنه . ففى كان الحكم إذ قضى بصحة التنازل عن الشفعة مقدماً بئى قضاءه على أن قانون الشفعة - الذى يسرى على موضوع الالتزام - وإن لم يورد من مسقطاتها إلا النزول عنها بعد البيع أخذاً برأى أئمة الفقه الإسلامى ، إلا أنه لم ينص على تحريم الاتفاق على التنازل عنها مقدماً ، وأن هذا الاتفاق صحيح لعدم مخالفته للنظام العام ، وليس ثمة ما يوجب التقييد برأى فقهاء الشريعة فى هذا الخصوص ، فان ما قرره هذا الحكم صحيح فى القانون (نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٣ ص ٦٥٨) .

فقد أجاز ذلك بنص صريح كما رأينا (م ٩٤٨ (١) مدني سالفه الذكر) ، وذلك تضييقاً منه للحق في الأخذ بالشفعة بعد أن حصر هذا الحق في أضيق نطاق ، « وحتى يستطيع المشتري أن يأمن جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء » (١) . وعلى ذلك يجوز الآن للشفيع أن يتزل عن الحق في الأخذ بالشفعة ، بعد ثبوت هذا الحق وقبل ثبوته ، صراحة أو ضمناً (٢) . أما النزول الصريح عن حق الشفعة بعد ثبوته فيصح أن يكون بالكتابة الرسمية أو العرفية ، كما يصح أن يكون شفويًا ولكن يقع على من يتمسك بهذا النزول من مشتر أو بائع للعقار المشفوع فيه عبء الإثبات طبقاً للقواعد العامة المقررة في الإثبات . ويصح النزول في أي وقت ، إلى يوم صدور الحكم بثبوت الشفعة (٣) . وقد يكون النزول عن حق الشفعة بعد ثبوته نزولاً ضمناً ،

= وانظر عكس ذلك وعدم جواز النزول قبل ثبوت الحق في الشفعة : استئناف وطني ٢٩ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٩ ص ٢٢٥ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٥٨ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ١٠٠ ص ١٥٥ - طنطا الكلية ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٢٦ ص ١٥٢ - استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٣٩٣ ص ٩٤٧ . (١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٤ . (٢) وقد قضت محكمة النقض بأن ما يعبر عنه بالنزول عن الشفعة قبل البيع إن هو إلا تعهد من الشفيع بالامتناع عن استعمال حق الشفعة عند حصول البيع ، مما يفيد أن هذا النزول يجب أن يكون صريحاً . أما النزول الضمنى عن الشفعة فيفترض فيه حصول البيع ، ثم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد ذلك يفيد الرغبة عن استعمال حق الشفعة . هذا هو مفهوم النزول الضمنى عن الشفعة ، وهو ما كانت تقررته المادة ١٩ من قانون الشفعة الملغى إذ نصت على أنه « يستدل على التنازل الضمنى بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفيع عرف المشتري بصفته مالك العقار نهائياً » . أما ما تضمنته المادة ٩٤٨ مدني جديد من سقوط الشفعة بالنزول عنها قبل البيع ، فالمقصود منه جواز محاجة الشفيع بما يكون قد صدر منه قبل البيع من التزام بعدم استعمال حق الشفعة . وبهذا النص حسم القانون المدني الجديد الخلاف الذى كان قائماً قبل صدوره بشأن جواز محاجة الشفيع بمثل هذا الالتزام (نقض مدني ١٠ مارس سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ٢١٣) .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٢٨ ص ٥١٢ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٤٧ . ولا بد من صدور النزول من الشفيع شخصياً أو بمن ينوب عنه قانوناً . والنزول عن دعوى الشفعة يعتبر نزولاً عن حق الشفعة ذاته ، وقد قضت محكمة النقض بأنه حتى لو كان التنازل مقصوراً على ترك المرافعة في الدعوى ، فإن هذا الترك يترتب عليه إلغاء جميع إجراءات الدعوى بما فيها ورقة التكليف بالحضور ، ويزيل كل الآثار التى ترتبت على إقامتها من حفظ الطلب وقطع مدة التقادم ، وإنه يتفرع عن ذلك أن تكون الدعوى الجديدة قد رفعت بعد الميعاد المنصوص عليه في القانون (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٠ ص ٨٧٨) . وانظر في عدم جواز النزول عن الشفعة بعد صدور الحكم بثبوت الحق فيها : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٣٧ .

ويكون ذلك بأى عمل يصدر من الشفيع يفيد حتماً أنه نزل عن حقه . مثل ذلك أن يعترف الشفيع بالمشتري للعقار المشفوع فيه مالكا لهذا العقار على وجه بات نهائى (١) ، كأن يتعامل معه على هذا الأساس فيشتري منه العقار أو يرتبته أو يأخذ عليه حق اختصاص أو يرتب عليه لعقاره حق ارتفاق أو يرتب له حق ارتفاق على عقاره ، وكأن يتصرف المشتري فى العقار المشفوع فيه للغير فيشهد الشفيع على هذا التصرف دون تحفظ أو يكون وسيطا بين المشتري والمتصرف له (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الشفيع لا يعتبر متنازلا عن حقه فى الشفعة إلا إذا صدر منه ما يفيد أنه اعتبر المشتري مالكا نهائيا للبيع . ولا يكتفى فى ذلك أن يكون الشفيع ، وهو مستأجر للأرض المشفوع فيها ، قد اتفق مع البائع على فسخ إيجارها وتعهدها له بتسليمها إلى المشتري ولم يبادر إلى طلبها بالشفعة قبل أن يتكبد المشتري مصروفات التسجيل وغيرها ، فإن القانون قد جعل للشفيع مدة خمسة عشر يوما لإبداء رغبته ، ففى أبدائها فى هذا الميعاد فلا يصح أن يؤخذ بعدم إبدائها بعد العلم بالبيع مباشرة أو بعده بأيام قلائل (نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٨ ص ٥٦٨) . كذلك رفض الأخذ بالشفعة بالثمن الذى طلبه المشتري لاعتقاد الشفيع أن هذا الثمن يزيد على الثمن الحقيقى لا يعتبر نزولا عن الشفعة (نقض مدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢ ص ٢١) . ودفع الشفيع ، الذى كان مستأجرا للأرض المشفوع فيها ، الأموال الأميرية المستحقة على الأرض بعد توقيع الحجز على الزراعة ، لا يفيد النزول ضمنا عن حق الشفعة ، إذ الأموال الأميرية مستحقة على الأرض بصرف النظر عن شخص مالكاها ، ودفعها كان نحولا للمستأجر والشفيع) فى عقد الإيجار ، وهو لم يدفعها إلا بعد توقيع الحجز على الزراعة (نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عام جزء أول ص ٧٣٨ رقم ١٩٣) .

(٢) ويعتبر نزولا ضمنا أن يطلب الشفيع قسمة العقار مع المشتري إن كان العقار شائنا أو يتفق معه على حقوق ارتفاق (استئناف مخطط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ١٦ - ٦ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٨٢) ، أو أن يستأجر الشفيع من المشتري العقار المبيع أو يدفع الأجرة للمشتري إن كان العقار مؤجرا من البائع قبل البيع (استئناف وطنى ٢ مايو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ - استئناف مخطط ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٢٧) . وبعد النزول عن الشفعة إلى الغير ، وهو باطل ، نزولا ضمنا عن الشفعة وإسقاطا لها (استئناف وطنى ٢ مايو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٢٩) . ولا يجوز التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بالنزول عن الشفعة . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه لا يجوز للمشتري أن يتمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بتنازل الشفيع عن حقه فى الشفعة لتهنته له (نقض مدنى ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٣١٩) .

وقد يقع نزول الشفع عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها ، أى قبل بيع العقار المشفوع فيه ، ويكون الغرض من ذلك أن يأمن المشتري جانب الشفع قبل أن يقدم على الشراء كما سبق القول . فيحصل المشتري من الشفع على نزول صريح عن الشفعة قبل أن يتعاقد مع مالك العقار المشفوع فيه على البيع (١) ، ويكون هذا النزول الصريح إما كتابة أو شفها وعلى المشتري عبء إثبات هذا النزول طبقاً للقواعد المقررة في الإثبات (٢) . ويصح أن يكون النزول عن الشفعة قبل ثبوتها نزولاً ضمناً ، بأن يأتي الشفع بعمل يستفاد منه حتماً هذا النزول . مثل ذلك أن يكون الشفع قد توسط بنفسه بين المشتري ومالك العقار المشفوع فيه في عقد صفقة البيع التى صدرت من الثانى للأول ، أو رضى أن يكون وكيلًا عن المشتري في شراء العقار المشفوع فيه أو وكيلًا

(١) ويفسر النزول عن استعمال حق الشفعة تفسيراً ضيقاً . وقد قضت محكمة النقض بأن النص في عقد البيع على تنازل المشتري عن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى البائع وخلفائه المباشرين هو استثناء من الأصل العام الذى يجيز الشفعة في نطاق الحلود التى بينها القانون ، فلا يجوز التوسع في تفسيره . ومن ثم لا يجوز البحث في جواز انتقال هذا الالتزام بالنزول عن حق الشفعة إلى الخلف الخاص ، متى فسرت المحكمة شرط النزول تفسيراً سليماً واستخلصت منه أنه لا يفيد سوى البائع وخلفائه المباشرين (نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٨ رقم ١٨٩ ورقم ١٩١ - وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٦٣) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن عرض العقار المشفوع فيه على الشفع قبل البيع وعدم قبوله شراً لا يعد نزولاً عن حقه في الشفعة (استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٣٩٣ ص ٩٤٧ - استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٧٩) وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا باع شخص عقاراً له ، ثم باعه المشتري لغيره ، وتوافر في البائع الأول وقت البيع الثانى شروط الأخذ بالشفعة ، فله أن يأخذ بالشفعة العقار الذى كان يملكه أولاً ، ولا يعتبر بيعه لإياه سابقاً نزولاً ضمناً عن أخذه بالشفعة فيما بعد إذا توافرت شروط الشفعة (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٣) .

(٢) هذا ويحدث كثيراً أن المشتري لعقار من شركة تخصصت في تقسيم الأراضى وبيعها ينزل في عقد شرائه عن الشفعة فيما يتم من البيوع التى تتولاها الشركة مستقبلاً . وإذا كان المشتري يتقيد بهذا التنازل ، فإن خلقه لا يتقيد به إلا إذا اشترط المشتري عليه ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يمتد بتنازل المشتري من الشركة في عقد شرائه منها عن حق الشفعة ، لأن هذا التنازل لا يعتبر حق عينياً يتبع العقار في يد كائن من كان (نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١) .

عن البائع في بيع هذا العقار . وإذا شهد الشفيع دون تحفظ على عقد البيع الذي تم بين مالك العقار المشفوع فيه والمشتري ، كان هذا نزولا ضمنيا منه عن الشفعة ، ويكون النزول الضمني هنا معاصرا لثبوت الحق في الشفعة (١) .

(رابعاً) لا تنتقل الشفعة ، إذا مات الشفيع قبل أن يستعمل حقه فيها ، إلى ورثته . فإذا مات بعد أن يكون قد استعمل حقه ، بأن يكون قد أعلن رغبته في الأخذ بالشفعة قبل موته ، فإن حقه في تملك العقار المشفوع فيه يكون قد ثبت ، وينتقل هذا الحق منه إلى ورثته ، حتى لو لم يكن قد رفع دعوى الشفعة ، أو لم يكن قد تراضى عليها مع البائع المشفوع منه . ومن باب أولى لو أنه رفع دعوى الشفعة ثم مات ، فإن ورثته يحلون محله في الدعوى ويأخذون العقار المشفوع فيه بالشفعة ، إلا إذا نزلوا عن هذا الحق . وبديهي أنه لو صدر الحكم بثبوت الشفعة للشفيع وأصبح مالكا للعقار المشفوع فيه ، فإن ملكية هذا

(١) وكانت المادة ٢٠ من قانون الشفعة السابق تنص على أنه «يجوز إثبات التنازل الضمني عن حق الشفعة والعلم بالبيع بكافة طرق الإثبات المقررة في القانون بما فيها الإثبات بالبينة» . وقد اندرج هذا النص تحت رقم ١٣٩٧ مكررة في المشروع التمهيدي . ولما عرضت المادة على لجنة المراجعة ، قررت هذه اللجنة حذفها «لأنها تطبيق للقواعد العامة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٤ في الهامش) - وانظر استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٤٥ - ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٠٢ - ١٤ يونيو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٢٧ - أول فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٠٥ .

أما إثبات النزول الصريح فتجب فيه ، طبقاً للقواعد المقررة في الإثبات ، الكتابة أو ما يقوم مقامها إذا كانت قيمة العقار المشفوع فيه تزيد على عشرة جنيهات . ذلك أنه في النزول الصريح لا شيء يمنع الخصوم من الحصول على الكتابة ، أما الأعمال التي يستفاد منها ضمنياً النزول عن الشفعة فهذه لا يمكن الحصول على كتابة لإثباتها (استئناف وطني ٧ مايو سنة ١٨٩٥ الحقوق ١٠ رقم ٤٢ ص ٢٠٢ - استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٠٢) .

هذا ويجوز النزول عن الشفعة بعد طلبها ، وليس للمشتري أن يطالب الشفيع بالتعويض حتى لو كانت الأثمان قد هبطت (استئناف وطني ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٠٥ ص ٣٢٩) . أما إذا نزل الشفيع عن الشفعة فلا يجوز له أن يطلبها بعد نزوله منها ، وإنما يجوز له أن يطلبها في بيع جديد (نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٣ ص ٦٥٨ - استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٠ رقم ٣٩٣ ص ٩٤٧) .

وانظر في جواز النزول عن الشفعة في مقابل عوض يدفعه المشتري واختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٣٣ - فقرة ٥٣٥ .

العقار تنتقل إلى ورثته كسائر أعيان تركته ، بل إن الورثة لا يستطيعون في هذه الحالة النزول عن حق الشفعة بعد أن صدر الحكم بثبوتها لمورثهم . كذلك من البديهي أنه إذا مات الشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه ، فإن ملكية العقار المشفوع به تنتقل من الشفيع إلى ورثته ، فإذا بيع العقار المشفوع فيه بعد ذلك ، ثبت حق الأخذ بالشفعة للورثة ، ولكن لا بطريق الاستخلاف عن المورث بل بطريق الأصالة عن أنفسهم ، إذ أن بيع العقار المشفوع فيه لم يقع إلا بعد أن انتقلت إليهم ملكية العقار المشفوع به . كل هذه فروض الحكم فيها واضح ، وهو ما قدمناه . وإنما يقع الخلاف فيما إذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة ، فهل ينتقل إلى ورثة الشفيع حق مورثهم في الأخذ بالشفعة ، ويكون لهم أن يعلنوا رغبته في ذلك كما كان لمورثهم أن يفعل لو أنه لم يموت ، إذا كان ميعاد الأخذ بالشفعة لم ينقض ؟

اختلفت الآراء في هذه المسألة اختلافاً بينا في عهد قانون الشفعة السابق ، فرأى يذهب إلى أنه لا يجوز للورثة الأخذ بالشفعة وأن الشفعة لا تورث ، ورأى آخر يذهب إلى أن الشفعة تورث فيجوز للورثة الأخذ بالشفعة . وقد رددت مشروعات التقنين المدني الجديد صدى هذا الخلاف . فكانت الفقرة الثانية من المادة ١٣٨٢ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتي : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة ، وإنما ينتقل بالميراث . . . » (١) . ولكن لجنة المراجعة عدلت النص على الوجه الآتي : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالميراث . . . » . وفي لجنة مجلس الشيوخ دار نقاش حول توريث حق الشفعة ، ثم استقر رأى اللجنة على حذف الفقرة الثانية من المادة الخاصة بهذه

(١) وهذا النص وضعته لجنة الأستاذ كامل صدق ، وقد نوقش في هذه اللجنة ، فوافقت بأغلبية الآراء على انتقال حق الشفعة إلى الورثة وعدم انتقاله إلى الموصى له (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٤ في الهامش) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص : « أن اللجنة (لجنة الأستاذ كامل صدق) جعلت الحق في الشفعة ينتقل بالميراث ، خلافاً لما ذهب إليه محكمة الاستئناف في دوائرها المجتمعة ، ويأخذ بهذا الرأي بعض فقهاء الشريعة الإسلامية ومن بينهم الشافعي ومحمد (?) . وهو الرأي الذي يتفق مع المبادئ العامة للقانون ، فإن الشفعة أساس لدعوى من الدعاوى المالية ، وهذه الدعاوى تنتقل بالميراث » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٩ - ص ٣٥١) .

المسألة « وترك حكمها لاجتهاد القضاء » (١) . وترك الحكم في هذه المسألة لاجتهاد القضاء أمر محير ، فالقضاء فيها جد مختلف . وإذا كانت محكمة النقض قد قضت بأن الشفعة تورث ، إلا أنه يصعب القول بأن هذا القضاء قد حسم كل خلاف ، وبخاصة أن الفقه المصرى لا يزال ، حتى بعد صدور التقنين المدنى الجديد ، متقسما كل الانقسام . بل إن المسألة في الشريعة الإسلامية ، وهى المصدر الذى اشتق منه الشفعة ، مسألة من المسائل التى اختلفت فيها المذاهب واضطربت فيها الأقوال . ونبدأ بإيراد الخلاف في المسألة بين مذاهب الفقه الإسلامى ، ثم بين أحكام القضاء المصرى ، ثم بين الآراء الفقهية ، تمهيدا لإبداء رأينا فيها .

أما الخلاف في الفقه الإسلامى ، فقد لخصناه في الجزء الخامس من كتابنا « مصادر الحق في الفقه الإسلامى » على الوجه الآتى : « أما حق الشفعة فيذهب الحنفية إلى أنه لا يورث ، كما لا يورث خيار الشرط ، لأن كلا منهما مشيئة ومشية لا تورث . وهذه رواية عن أحمد ، وفي رواية أخرى عنه حق الشفعة يورث لأنه حق متعلق بالمال ومفوض إلى تملكه . وأما ما تقوله الحنفية من أنه إرادة ومشية ، فالإرادة تتعلق هنا بشيء له وجود سابق ، إذ الشفع لا يستطيع المطالبة بأخذ أى عقار بالشفعة ، بل يأخذ عقارا معيناً بالذات لأنه أولى به من مشتريه . فإذا مات الشفع قبل أن يطلب لم تتغير حال المبيع ، فيكون الوارث أحق به من مشتريه لقيام الوارث مقام المورث . جاء في البدائع (جزء ٢ ص ٢٢) وهو من كتب الفقه الحنفى : وأما الضرورى (فيما تبطل به الشفعة) فنحو أن يموت الشفع بعد الطلبين قبل الأخذ بالشفعة ، فتبطل شفيعته . وهذا عندنا ، وعند الشافعى رحمه الله لا تبطل ولوارثه حق الأخذ . ولقب المسألة أن خيار الشفعة هل يورث ؟ عندنا لا يورث ، وعنده يورث . والكلام فيه من الجانبين على نحو الكلام في خيار الشرط . وجاء في بداية المجتهد (جزء ٢ ص ٢١٨) وهو من كتب الفقه المالكى : فمن ذلك اختلافهم في ميراث حق الشفعة ، فذهب الكوفيون إلى أنه لا يورث كما أنه لا يباع ، وذهب مالك والشافعى وأهل الحجاز إلى أنها موروثة قياسا على الأموال . وجاء في المهذب (جزء

أول ص ٣٨٣) وهو من كتب الفقه الشافعي : وإن مات الشفيع قبل العفو والأخذ ، انتقل حقه من الشفعة إلى ورثته ، لأنه قبض ما استحقه بعقد البيع فانتقل إلى الورثة كقبض المشتري في البيع ، ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب . وجاء في المغنى (جزء ٥ طبعة ثالثة ص ٣٤٦ - ٣٤٧) وهو من كتب الفقه الحنبلي : والشفعة لا تورث ، إلا أن يكون الميت طالب بها . وجملة ذلك أن الشفيع ، إذا مات قبل الأخذ بها ، لم يخل من حالين . (أحدهما) أن يموت قبل الطلب بها ، فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة . وقال أحمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء : الشفعة والحد إذا مات المقنوف والخيار إذا مات الذي اشترط الخيار لم يكن للورثة . هذه الثلاثة الأشياء إنما هي بالطلب ، فإذا لم يطلب فليس تجب ، إلا أن يشهد أنى على حق من كذا وكذا وأنى قد طلبته ، فإن مات بعده كان لوارثه الطلب به . وروى سقوطه بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي ، وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي . وقال مالك والشافعي والعنبري يورث ، قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب . ولنا أنه حق فسخ ثبت لا لقوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة أو لأنه نوع خيار جعل للتملك أشبه خيار القبول . أما خيار الرد بالعيب ، فإنه لا استدراك جزء فات من المبيع ، (الحال الثاني) إذا طالب بالشفعة ثم مات ، فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولاً واحداً ، ذكره أبو الخطاب وقد ذكرنا نص أحمد عليه . لأن الحق يتقرر بالطلب ، ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده ، وقبله يسقط ^(١) . ويخلص مما قدمناه من الخلاف في الفقه الإسلامي أن الخلاف محتدم في هذا الفقه . فالحنفية والحنابلة وكثير من الأئمة المجتهدين من غير المذاهب الأربعة ، كالحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والثوري وإسحاق ، يذهبون جميعاً إلى أن الشفعة لا تورث . والذين يقولون بأنها تورث هم المالكية والشافعية . فوضح من ذلك أنه لا يمكن ترجيح رأى على رأى على وجه جازم ، وإن كان الأقرب إلى الرجحان هو القول بعدم انتقال الشفعة بالميراث ، وقد أيد هذا القول تأييداً قوياً أحد فقهاء

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي جزء ٥ ص ٧٠ - ص ٧٢ .

الحنفية البارزين ، ورد على القول الآخر ردودا جلية واضحة (١).

أما القضاء المصرى فى هذه المسألة ، فهو أيضا مختلف . قضى بعض الأحكام بأن الشفعة لا تورث (٢) ، وقضى بعض آخر بأنها تنتقل بالميراث (٣). ثم طرحت المسألة على دوائر محكمة استئناف مصر المحترمة : فقضت فى ٣

(١) والفقهاء الحنفى الذى تشير إليه هو الزيلعى ، وقد رد على مذهب الشافعى بما يأتى : « وقال الشافعى لا تبطل بموت الشفيع أيضا ، لأن هذا حق معتبر فى الشرع كالقصاص وحق الرد بالعيب . ولنا أنه مجرد حق وهو حق الملك ، وأنه مجرد رأى ، وهو صفته فلا يورث عنه . بخلاف القصاص ، لأن من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص ، ولهذا جاز أخذ العوض عنه ، وملك العين يبقى بعد الموت فأمكن إرثه . بخلاف الشفعة ، لأنها مجرد حق إذ هى مجرد الرأى والمشقة ، وهذا لا يجوز الاعتياض عنها ، وكذا لا يمكن إرثها . ولأن الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التى يشفع بها ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع ، وقيام ملك الشفيع فى التى يشفع بها من وقت البيع إلى الأخذ بالشفعة شرط . ولم يوجد فى حق الميت وقت الأخذ ولا فى حق الوارث وقت البيع ، فبطلت لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالملك الزائل وقت الأخذ . وإنما لا تبطل بموت المشتري لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ، وإنما حصل الانتقال إلى الورثة فى الدار المشفوعة ، وذلك حقه ، كما إذا انتقل إلى غيره بسبب آخر فينقضه ويأخذها بالشفعة ، كما ينقض سائر تصرفاته حتى المسجد والمقبرة والوقف ، وكذا لو باعها القاضى أو باعها وصيه كان له نقضه » (الزيلعى جزء ٥ ص ٢٥٧ - ٢٥٨) .

(٢) مصر الكلية : يوليه سنة ١٨٩٦ اخقوق ١١ ص ٣١٧ - أسبوط الابتدائية (استئناف) ٧ نوفمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٠ - الزقازيق الكلية ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٣ ص ٦٣ - أسبوط الكلية ٣ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١١٣ ص ١٦٣ - الزقازيق الكلية ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٣٣ ص ٥٦ - الاسكندرية الكلية ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٢٤٩ ص ٣٦٧ - دمنهور الجزئية ١٦ يولية سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ١١٧ ص ٢٤١ - شبين الكوم الجزئية ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٤٣ ص ٥٦٦ - استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ - ١٤ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨١ - ١٩ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٥ - ١٦ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٥٤ - ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩١ - ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٩ - ومن هذا الرأى من الفقهاء المصريين قبل صدور التقنين المدنى الجديد أحمد فتحى زغلول ص ٨٩ - على زكى العرابى فقرة ١٤٣ .

(٣) مصر الكلية ١٩ أبريل سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ رقم ١٤٢ ص ٢٧٨ - استئناف وطنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ المحاكم ١٣ رقم ٥١٣ ص ٢٨٦٤ - ٢ يناير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٣٣ ص ٦٢ - ومن هذا الرأى من الفقهاء المصريين قبل صدور التقنين المدنى الجديد عبد السلام ذهنى فى الأموال فقرة ٤٦١ .

مايو سنة ١٩٣٠ بأن الحق في الشفعة لا ينتقل إلى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضي أو بقضاء القاضي (١) . ولكن عندما أنشئت محكمة النقض

(١) استئناف مصر (دوائر مجتمعة) ٣ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة ٣١ رقم ٦١ ص ١٧٢ - المحاماة ١٠ رقم ٤٢٦ ص ٨٤٣ - وجاء في أسباب الحكم ما يأتي : « حيث إن المسألة المطلوب الفصل فيها هي ما إذا كان حق الشفعة يبطل بموت الشفيع قبل تملكه العين المشفوعة بالقضاء أو بالرضاء ، أو أن هذا الحق ينتقل بعده لوارثه . وحيث إن قانون الشفعة لم ينص على هذه الحالة ، ولما كان الشارع قد أخذ حق الشفعة عن الشريعة الإسلامية فقد وجب الرجوع إليها لمعرفة طبيعة هذا الحق . وحيث إن الفقهاء قد عرفوا الشفعة بأنها حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولوجبرا على المشتري بما قام عليه من التمن والمؤمن . وحيث إن هذا الحق هو بطبيعته حق استثنائي لأنه قيد على حرية التعاقد ، وهو نوع من نزع الملكية لمنفعة خصوصية ، ولذلك يضع الفقهاء دائما باب الشفعة عند باب النصب ، ويذكرون وجه الشبه بينهما أن في كل منهما تملك مال الغير بغير رضائه . وقد عمدوا إلى تخفيف وطأته بالتشدد في شروطه والتوسع في مسقطاته ، فأفتوا جميعا بأن الشفيع بمجرد علمه بالبيع يجب عليه أن يعلن فوراً رغبته في الأخذ بالشفعة ويشهد على رغبته هذه . وحيث إن الفقهاء لا يعتبرون حق الشفيع قبل تملكه العين المشفوعة نهائيا بالقضاء أو الرضاء حقا تاما ، بل يصفونه بأنه حق ضعيف ، لأنه عبارة عن مجرد حق طلب التملك ، فهو مجرد رأي ومشيئة ، أو بعبارة علماء القانون (simple faculté) . وقرروا بناء على ذلك أنه لا يمكن أن يستعاض عنه ، ولا أن يورث ، فهو حق لا صق بشخص الشفيع لا يمكن أن ينتقل منه لغيره . وحيث إنه من جهة أخرى فإنه من شروط هذا الحق في الشريعة أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به من وقت البيع إلى وقت الأخذ بالشفعة . فإذا زال ملكه بطلت شفيعته بزوال سببها ، ولا تنتقل لمن آل إليه الملك لأن ملكه يكون حادثا بعد البيع وهو يجب أن يكون مالكا وقت . وبناء على ذلك إذا مات الشفيع بطلت شفيعته ولم تنتقل لوارثه لأن الوارث إنما يملك بالميراث من وقت الوفاة وهي حادثة بعد البيع . وحيث إن هذه المبادئ التي قررتها الشريعة لم يأت قانون الشفعة بما يخالفها ، فوجب العمل بها . وحيث إنه وإن كان الشافعي ومالك يقولان بالإرث في الشفعة ، إلا أن مذهب الإمام أبي حنيفة هو المذهب المعمول به في مصر منذ زمن طويل ، وقد أخذ به الشارع في مسائل الأحوال الشخصية والوقف وعندما أراد الشارع اقتباس بعض أحكام من مذاهب أخرى اضطر لعمل تشريع جديد ، كما فعل بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص بالطلاق والنفقة والعدة وغيرها . فيجب اعتبار أن مذهب أبي حنيفة هو المرجع الأصلي في نظر الشارع لأحكام الشريعة . والواقع أنه أخذ منه أحكام الشفعة في مجموعها ، حيث خول حق انشفعة للجار وللشريك مطلقا طبق لهذا المذهب ، خلاف لمذهب الشافعي ومالك اللذين لا يخولانه إلا للشريك فقط في حالة ما إذا كان العقار لا يقبل القسمة . وحيث إنه لا محل للارتكان على المادة ٢٩٩ من قانون المرافعات للقول إنه إذا مات أحد الخصوم أثناء سير الدعوى حلت ورثته محله في جميع الأحوال ، لأن قانون المرافعات لم يوضع لتقرير الحقوق ، بل لطريقة المطالبة بها ، فهو قانون لإجراءات لا قانون موضوع ، وغرض المادة ٢٩٩ منه أن الوارث يحل محل المورث في الدعوى إذا كان الحق في موضوع الدعوى قد انتقل إليه . فهذه الأسباب حكمت دوائر المحكمة مجتمعة بالا ينتقل حق الشفعة إلى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضي أو بقضاء القاضي . »

رفع إليها الأمر ، فقضت في ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ بعكس ما قضت به الدوائر
المختمة لمحكمة استئناف مصر : وبأن الحق في الشفعة ينتقل بالميراث (١) ،

(١) نقض مدني ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٩ ص ٥٧٥ - وجاء في
أسباب الحكم ما يأتي : « وحيث ان الأصل في القوانين الوضعية أن من ترك مالا فلورثته .
ولهذا خلت القوانين الوضعية من النص فيها على ما ينتقل للورثة من الخيارات المختلفة ، لأن الأصل
فيها جميعا الانتقال للورثة ، إلا ما كان خاصا بذات صاحب الخيار فيسقط بالموت . وكما
خلا القانون المصري من حكم خيار العيب وخيار الشرط وخيار التعيين وخيار الاسترداد
الوراثي وخيار المدين دفع ثمن الدين المبيع لمشتريه ، كذلك خلا قانون الشفعة من النص على
حكم خيار الشفعين أينقل للورثة أولاينتقل . فالقول الفصل فيها جميعا أنها تنتقل قانونا إلى ورثة
صاحب الخيار ، لأنها حقوق مالية يجرى فيها التوارث يجرى الأصل . وحيث إن الأصل
كذلك في الشريعة الإسلامية - على مذهب جمهور الفقهاء - هو أن تورث الحقوق والأموال
إلا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال . أما الحنفية منهم ، فالأصل عندهم أن يورث
المال دون الحقوق ، لأن الذي ثبت عن الشارع هو قوله صلى الله عليه وسلم : من ترك مالا
فلورثته ، إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال . فوضع الخلاف بين الأئمة هل الأصل
هو أن تورث الحقوق كالأموال أم لا . فأبو حنيفة وأصحابه يذهبون إلى أن الوارث يكون له
ما كان للمورث من الخيارات في خيار العيب وخيار قوات الوصف المرغوب فيه وخيار
التعيين وخيارات أخرى ، لأعلى اعتبار أن الذي ينتقل للورثة هو حق من الحقوق ، بل على
اعتبار أن المنتقل إليهم عين النصقت بها حقوق . فحق خيار العيب وخيار قوات الوصف ،
السبب الحامل على الخيار قائم بالعين بعد موت المورث كما كان قائما قبله . أما خيار الشفعة
فليس متعلقا بالعين المشفوع فيها ولاحقا بها ، بل هو راجع لخض إرادة الشفعين فان شاء
أخذ وإن شاء ترك ، فهو لاينتقل إلى الوارث لأنه ليس بمال ولا في معنى المال . أما جمهور
الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد ، فأصلهم أن الحقوق والاختصاصات
والخيارات قررت كما قررت الأموال ، إلا ما كان صفة خاصة بذى الخيار ، كخيار الأب
في ردهبته فلا يورث لأنه خيار راجع إلى صفة في الأب لا توجد في غيره وهي الأبوة .
فسبب خلافهم إذن في خيار خيار ، على ما يقوله الإمام ابن رشد ، أنه من انقذح له في
شيء منها أنه صفة للعقد ورثته ، ومن انقذح له أنه صفة خاصة لذى الخيار لم يورثه . وحيث
إن مذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة في انتقال الخيارات انتقال الأموال والحقوق إلى
الورثة هو الذي يلائم مذهب القانون المصري فيما جرى به من توريث الأموال والحقوق المتعلقة
بالأموال والحقوق المجردة والمنافع والخيارات والمزاعم والدعاوى وآجال الديون ، فن مات
وعليه دين مؤجل فلا يحل أجل الدين بموته لأنه حق استفاده المدين حال حياته ، فينتقل بعد
موته إلى ورثته ميراثا عنه . والمنافع المملوكة لشخص إذا مات قبل استيفائها يخلفه ورثته فيما
بقى منها ، ولهذا لا تنفسخ الإجارة بموت المستأجر أو المؤجر في أثناء المدة ، ومن أعطيت له
أرض ليحييها بالزراعة أو العمارة فحجرها ولم يباشر فيها عمل الإحياء وكان ذلك قبل مضي
ثلاث سنين حل وارثه محله في اختصاصه بها وأولويته باحيائها ، وإذا مات الدائن المرتهن
انتقلت العين المرهونة إلى يد وارثه ، وانتقل منها حق حبسها حتى يستوفى الدين . وهذا كله
صحيح في مذهب القانون وجمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة ، وغير صحيح في مذهب أبي
حنيفة . والخلاصة أن حكم القانون في خيار الشفعة هو انتقاله إلى الورثة ، كراى جمهور
أولئك الفقهاء والأئمة . »

وأكدت نفس المبدأ في أحكام تالية (١) .

وأما الفقه المصري . بعد صدور التقنين المدني الجديد وسكوت هذا التقنين عن النص على هذه المسألة تاركاً إياها لاجتهاد الفقه والقضاء . فهو كذلك متقسم . ولا يكاد الباحث يتبين فيه الرأي الراجح من الرأي المرجوح . فمن الفقهاء من يذهب إلى أن الحق في الشفعة لا يورث . ويخالف في ذلك قضاء محكمة النقض على الوجه الذي بسطناه (٢) . ومن الفقهاء من يذهب

(١) نقض مدني ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠ - وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : « وحيث إن الشريعة الإسلامية لا تعتبر من القانون الواجب على المحاكم النظامية تطبيقه إلا في خاصة العلاقات المدنية التي نشأت قبل إنشاء المحاكم الأهلية ، وفيما أحاله القانون إليها كالميراث والحوار وفي مسائل الأحوال الشخصية التي تعرض لها ولا تجد فيها ما يستدعي التقرير بوقف الدعوى حتى تفصل في هذه المسائل المحاكم الشرعية المختصة بنظرها بصفة أصلية . أما ماأخذه الشارع من أحكام الشريعة وطبعه بطابعه وأدبجه في القوانين كالحكم المريض مرض الموت وأحكام الشفعة وحقوق الزوجات في القانون التجاري ، فإنه يكون قانوناً بذاته تطبقه المحاكم النظامية وتفسره غير متقيده فيه بأراء أئمة الفقه الإسلامي . وعلى ذلك فكون الشريعة الإسلامية هي مصدر تشريع الشفعة لا يوجب التقيد بأراء أئمتها عند البحث في هل ينتقل حق الشفعة بالإرث أو لا ينتقل . وحيث إن كون الشيء مالا فينتقل من النخص إلى ورثته أو ليس بمال فلا ينتقل . هو بحث في مسألة عينية في صميم المعاملات . . . وحيث إن المال في اصطلاح القانون هو كل شيء ذفع للإنسان يصح أن يستأثر به وحده دون غيره . وكما يكون المال شيئاً مادياً كالأعيان التي تقع تحت الحواس ، كذلك يكون شيئاً معنوياً كالحقوق التي لا تدرك إلا بالتصور . والاستشفاع حق من هذه الحقوق توافرت فيه عناصر المالية ، النفع والتقدم وقبليّة الاستئثار ، فوجب اعتباره مالا . أما الزعم بأن هذا الحق ليس بمال قولاً بأنه مجرد خيار مردود إلى مشيئة الشفيع ورغبته وأنه متصل بشخصه ولا يعلق له بالعين المشفوعة ، فهو زعم لا يستقيم في ظل أحكام القانون الوضعي الذي جعل إعلان الشفيع ورغبته في الأخذ بالشفعة وتسجيل هذا الإعلان حجة على الغير . وجعل أن كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل حق عيني قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد تاريخ التسجيل المذكور لا يسرى على الشفيع ، مما لا يمكن معه القول بأن حق الشفعة حق متصل بشخص الشفيع ولا تعلق له بمال » .

وانظر أيضاً نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٧ ص ٢١٤ (وقد رددت المحكمة الأسباب التي سبق أن أوردتها في الحكم السابق) .

(٢) ومن هؤلاء الفقهاء الأستاذ محمد علي عرفه ، فراه يقول : « إن المشرع ، وقد عرف الشفعة في المادة ٩٣٥ من القانون المدني الجديد بأنها رخصة لاحق ، يكون قد دل بذلك على ترجيحه لاتجاه الحنفية في تكييف الشفعة بأنها إرادة ومشيئة ، وهي بهذه المثابة لا يمكن القول بانتقالها إلى الورثة .. ونحن في هذا نتفق مع حكم الدوائر المجتمعة ، ولكننا لانتابعه في =

إلى عكس هذا الرأي ويقول بأن الحق في الشفعة يورث ويتفق في ذلك مع قضاء محكمة النقض (١).

= النتيجة التي انتهى إليها . وذلك لأننا نرى أن الرخص تتأكد باستعمالها ، فإذا ما ألبيت الرخصة ثوب الدعوى فإنها تتحقق نهائيا أي تنقلب إلى حق يخلص من ذلك أننا نرى أنه إذا توفي الشفيع قبل مباشرة دعواه سقطت الشفعة بوفاة ، إذ لا تكون الدعوى مقبولة ابتداء من ورثته لأنهم لم يكونوا مالكيين وقت البيع سبب الشفعة ، وهو شرط أساس لثبوت الشفعة . ولا تقبل منهم الدعوى بصفتهم ورثة للشفيع ، إذ أن الشفيع لم يرفع بعد الدعوى باسمه هو حتى يحل ورثته محله فيها . أما إذا كان الشفيع قد رفع الدعوى قبل وفاته ، فإنها تصبح جزءاً من ذمته ، وتنتقل بالتالي إلى ورثته مع أموال التركة الأخرى (محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٦٠) - ومنهم الأستاذ عبد المنعم البدر أوى إذ يقول : « يبدو أنه إذا توفي الشفيع قبل استعمال حقه ، لم ينتقل حقه إلى ورثته : فحق الشفعة يكون قد سقط عنه ، ولا يستطيع الورثة الأخذ بالشفعة لأنهم لم يكونوا ملاك وقت البيع » (عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٢٢ ص ٤٥٢) - ومنهم الأستاذ اسماعيل غانم ، وهو يقول : « ويبدو أن الرأي السليم هو ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف في دوائرها المجتمعة ، لا على أساس التقيد بالمذهب الحنفي ، وإنما على أساس أن من شروط الشفعة ، طبق لما تقتضيه الحكمة المقصودة منها ، أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت ابيع المشفوع فيه وأن تستمر ملكيته إلى حين الحكم له بالشفعة .. ووارث الشفيع لم يكن مالكا للعقار وقت البيع . هذا إلى أن إسقاط الشفعة بموت الشفيع يتمشى مع اتجاه المشرع في التقنين المدفئ الخالي إلى التضييق منها . ومن رأينا ، بناء على ما تقدم ، أن موت الشفيع يترتب عليه سقوط حق الشفعة ، ولو طرأت الوفاة بعد إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة أوحى بعد رفع دعوى الشفعة » (اسماعيل غانم ص ٩٢) - ومنهم الأستاذ حسن كيرة ، حيث يقول : « ونحن نفضل القول بأن الشفعة لا يمكن أن تورث ، لأن المشرع في القانون الجديد يصفها صراحة بأنها رخصة ، ومن المسلم أن الرخص لا تورث كالحقوق . فضلا عن أنه ، كما قالت الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف . يتخلف شرط جوهرى هو أن يكون الوارث غير ممتلك وقت البيع مع أن شرط تملكه وقت البيع هو شرط أساسى في الأخذ بالشفعة . . . ويجب أن نلاحظ أنه إذا رفعت الدعوى بالشفعة فقد صارت حقا للشفيع ، وهذا الحق هو حق مالى ، ولذلك ليس ثمة ما يمنع من أن يرث ورثة الشفيع إذا توفي بعد رفع الدعوى هذا الحق ، لأنهم يرثون حينئذ حقا ولا يرثون رخصة » (حسن كيرة ص ٢٥) - وانظر أيضا عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٦٠ ص ٣٦٢ .

(١) ومن هؤلاء الفقهاء الأستاذ شفيق شحاتة وهو يقول : « هذا وإن حق طلب الشفعة لا يسقط بموت الشفيع ، وقد قضت بذلك محكمة النقض ولو فرض أن المورث كان يملك طلب الشفعة ، فإن الوارث يستطيع أن يباشر هذا الحق إذا ما انتقل إليه ، وهو لا يحتاج إلى إثبات أن شروطه متوافرة بالنسبة إليه إذا كانت الشروط قد توافرت بالنسبة إلى مورثه . ولا شك أن حق الشفعة ينتقل بعد إبداء الرغبة إلى وارث الشفيع ، ذلك أن الحق بعد الإعلان

ونحن إزاء هذا الخلاف المحتدم ، وقد شمل كلا من الفقه الإسلامي وأحكام القضاء وأقوال الفقهاء . ولم يسعف فيه نص صريح في التقنين المدني إذ ترك هذا التقنين الأمر لاجتهاد القضاء^(١) ، لايسعنا إلا أن نتقدم إلى القضاء بالملاحظات الآتية :

= قد تقرر على عين من الأعيان ، وهو حق شبه عيني ينتقل إلى الورثة كالحق العيني سواء بسواء» (شفيق شحاتة فقرة ٢٥٨) - ومنهم الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة وهو يقول : « ونحن نقر ما ذهبت إليه محكمة النقض من أن حق الشفع في الأخذ بالشفعة لا يسقط بموته ، وإنما ينتقل إلى ورثته . ونعتقد أن هذا الانتقال يتحقق حتى لو مات الشفع قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى . ذلك أن الشفعة ، ولو أنها رخصة تتعلق بمشئ الشفع ، إلا أنها بحكم طبيعتها تلازم العقار المشفوع به فتنتقل منه إلى الوارث » (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٧ ص ٤٩٨) - ومنهم الأستاذ منصور مصطفى منصور وهو يقول : « ونرى أن رأي محكمة النقض هو الرأي الصحيح . ولا يصح الاعتراض عليه والقول إن الوارث لا يجوز له أن يأخذ العقار بالشفعة لأنه لم يكن مالكا للعقار الذي يشفع به وقت البيع إذ يجب أولا الفصل في مسألة ما إذا كان حق الأخذ بالشفعة يورث أولا يورث . فاذا قلنا مع محكمة النقض أنه يورث ، فينتقل هذا الحق إلى الوارث بالحالة التي كان عليها وقت وفاة المورث . وعلى ذلك فاذا مات المورث قبل أن يتخذ أى إجراء من إجراءات الأخذ بالشفعة فلم يعلن رغبته ، كان للوارث أن يعلن الرغبة في الميعاد المحدد لذلك مادام أن هذا الميعاد لم ينته به . وإذا كان المورث قد باشر بعض الإجراءات ، فعلى الوارث أن يستمر فيها كما لو كان المورث لا يزال حيا ويباشر هو الإجراءات » (منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٠ ص ٣٥٧) . قارب أيضا محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٥٥٤ و فقرة ٥٦١ .

هذا وقد قررنا في الجزء الخامس من مصادر الحق في الفقه الإسلامي ما يأتي : « ولا شك في أنه مادام أن النص الذي كان مشروع التقنين المدني الجديديشتمل عليه لحسم الخلاف قد حذف ، وترك الأمر لاجتهاد القضاء ، ولم ير المشرع أن يضيف إلى سلسلة القيود التي أحاط بها الشفعة تخففا من أثرها في تقييد حرية التعامل قيدا جديدا بالنص صراحة على أن حق الشفعة لا ينتقل بالميراث ، فلا مناص من الرجوع إلى أحكام القضاء في هذه المسألة . ويبدو أن محكمة النقض في حكمها المتقدم الذكر ، وفيما استند إليه هذا الحكم من أسباب وجيهة ، قد حسمت الخلاف ، إذ قضت بأن حق الشفعة هو حق مالى ينتقل بالميراث كسائر الحقوق المالية » (مصادر الحق في الفقه الإسلامي جزء ٥ ص ٧٥) - وهذا الذي قلناه لا يمنعنا من معاودة النظر في هذه المسألة لبحث الأمر بحثا غير متأثر بقضاء محكمة النقض . فقد كنا فيما قدمناه أقرب إلى أن نقرر الواقع ونسجل ما جرى به القضاء ، منا إلى تمحيص هذا القضاء وتقرير ما ينبغي أن يكون .

(١) أما في التقنينات المدنية العربية الأخرى ، فقد جاء في تقنينين منها نص صريح يأخذ بانتقال حق الشفعة بالميراث . فنصت المادة ١١٣٣ / ٣ مدني عراقي على ما يأتي : « ومتى ثبتت الشفعة ، فلا تبطل بموت البائع أو المشتري أو الشفع » . ونصت المادة ٢٤٣ من قانون الملكية العقارية اللبناني (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن « ينتقل حق الشفعة عند وفاة صاحبه إلى ورثته ، ولا يجوز التفريغ عنه لشخص آخر » .

يجب بادىء ذى بدء أن نحدد المسألة تحديدا دقيقا ، فقد قدمنا أن المقصود بحق الشفعة ، الذى ينظر فى انتقاله إلى الورثة أو عدم انتقاله ، ليس هو الحق الذى استقر للشفيع قبل موته بعد أن أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة . ففى رأينا — وسنبسط ذلك فيما يلى — أن الشفيع إذا أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة يكون قد تكاملت عنده عناصر سبب كسب ملكية العقار المشفوع فيه ، وحل باعلان هذه الرغبة محل المشتري فى الصفقة التى عقدها هذا مع البائع . ولا شك فى أنه إذا مات بعد ذلك ، انتقل حقه هذا ، أى حق ملكية العقار المشفوع فيه ، إلى ورثته ، وعلى هؤلاء أن يستمروا فى إجراءات الأخذ بالشفعة حتى يحصلوا على حكم بثبوتها أو يحصلوا على رضاء بها . والذى يستلقت النظر فى الأحكام الثلاثة التى صدرت من محكمة النقض فى هذه المسألة . هو أن الثابت من وقائع الدعوى فى كل منها أن الشفيع لم يمت إلا بعد أن أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة . بل وبعد أن رفع الدعوى بها . فالأحكام الثلاثة التى قضت كلها بانتقال الشفعة إلى الورثة تكون إذن ، من وجهة النظر التى أبديناها ، صحيحة . ولكن محكمة النقض . كما سنرى ، تذهب إلى أن حق الشفيع لا يثبت إلا عند صدور الحكم . وأيا كان الوقت الذى يثبت فيه للشفيع الحق فى الحلول محل المشتري — وقت إعلان الرغبة أو وقت صدور الحكم — فإن المسألة التى نبحسها هنا هى هل ينتقل إلى الورثة الحق فى الأخذ بالشفعة إذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل أن يثبت له حق الحلول محل المشتري ، أى قبل إعلان الرغبة فى رأينا أو قبل صدور الحكم بثبوت الشفعة فما ذهبت إليه محكمة النقض ؟ هناك فرضان لا يجوز الخلاف فيهما : (١) إذا مات الشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه وانتقلت ملكية العقار المشفوع به إلى الورثة . فلهؤلاء أن يأخذوا بالشفعة عند بيع العقار المشفوع فيه ، وهم يأخذون بالشفعة كما قدمنا أصالة عن أنفسهم باعتبارهم ملاكا للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه ، لا باعتبارهم ورثة حلوا محل مورثهم . (٢) إذا مات الشفيع بعد أن حل محل المشتري ، سواء باعلان الرغبة فى الرأى الذى نقول به أو بصدور الحكم بثبوت الشفعة فى الرأى الذى تذهب إليه محكمة النقض ، كان للورثة أن يأخذوا بالشفعة ، ولكن لا أصالة عن أنفسهم كما فى الفرض الأول . بل لأنهم حلوا محل مورثهم بعد أن انتقل إليهم حقه بالميراث .

والفرض الذى يجوز فيه الخلاف هو ، كما قدمنا ، الفرض الذى يموت فيه الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل حلوله محل المشتري . وهنا ننظر إلى المسألة من ناحية تطبيق المبادئ العامة للقانون المدنى ، ومن ناحية الاستناد إلى الفقه الإسلامى وهو المصدر الذى اشتقت منه نصوص الشفعة .

فن ناحية تطبيق المبادئ العامة للقانون المدنى ، يجب القول إن الشفيع فى الفرض الذى نحن بصدده ، بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل حلوله محل المشتري ، لم يثبت له حق فى العقار المشفوع فيه . وليست الشفعة فى هذه المرحلة إلا رخصة ، أو هى منزلة وسطى ما بين الرخصة والحق (١) . وسواء كانت رخصة أو كانت منزلة وسطى ، فهى لم تُكسب الشفيع بعد حقا كاملا فى العقار المشفوع فيه . والذى ينتقل إلى الورثة من مورثهم هى الحقوق الكاملة التى ثبتت للمورث ، ولا ينتقل إليهم رخصة أو منزلة وسطى ما بين الرخصة والحق ، فهذه وتلك ليستا بحقوق كاملة حتى تنتقلا إلى الورثة (٢) . ومن ثم لا يجوز القول ، من ناحية المبادئ العامة للقانون المدنى ، إن الشفعة فى الفرض الذى نحن بصدده تنتقل إلى الورثة .

ومن ناحية الاستناد إلى الفقه الإسلامى ، نرى أن المذهب الفقهى الذى هو أقرب إلى المبادئ العامة للقانون المدنى هو المذهب الحنفى ، فهو يقول عن الشفعة إنها إرادة ومشئنة . وهذه الإرادة أو المشئنة هى التى نعبر عنها فى القانون بأنها رخصة أو هى المنزلة الوسطى ما بين الرخصة والحق ، فهى لا تورث لا فى القانون ولا فى المذهب الحنفى . ونحن نأخذ هنا بالمذهب الحنفى لا لأنه هو المذهب الواجب الأخذ به فى الفقه الإسلامى ، فنحن نسلم بجواز الأخذ بأى مذهب وبأى قول فى الفقه الإسلامى فى المسائل المالية ، ما دام هذا المذهب أو هذا القول هو الذى ينسجم مع مبادئ القانون المدنى . وقد رأينا أن المذهب الحنفى هو الذى ينسجم مع مبادئ القانون المدنى فى هذه

(١) أنظر آنفا ص ٤٤٩ هامش ١ .

(٢) ومن أجل ذلك لا ينتقل إلى الورثة حق مورثهم فى قبول الإيجاب الموجه إليه إذا كان هذا الإيجاب غير ملزم وكان من وجه إليه الإيجاب قد مات قبل أن يقبل الإيجاب . فهناك أيضا يكون الحق فى القبول هو منزلة وسطى ما بين الرخصة والحق ، وليس بحق كامل ، ومن ثم لا ينتقل إلى الورثة .

المسألة ، ومن أجل ذلك نأخذ به . ثم إنه من المقرر في الفقه الإسلامي ، وهو مقرر أيضا في القانون نقلا عن الفقه الإسلامي ، أن الشفيع يجب أن يكون مالكا للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه ، وأن يبقى هذا الملك متصلا من وقت البيع إلى وقت الأخذ بالشفعة . فإذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل الأخذ بالشفعة ، فإن ورثة الشفيع لا يستطيعون الأخذ بالشفعة باعتبارهم ورثة ، إذ لم يخلف لهم مورثهم إلا إرادة ومشية متصلة بشخصه ، وهذه لا تورث (١) . وهم لا يستطيعون أيضا الأخذ بالشفعة أصلاء عن أنفسهم باعتبارهم ملاكا للعقار المشفوع به الذي انتقلت ملكيته إليهم من مورثهم ، وذلك لأنهم كانوا لا يملكون العقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه ، فملكيتهم غير متصلة . ويعبر الزيلعي عن هذا المعنى في عبارات جلية إذ يقول : « . . . بخلاف الشفعة لأنها مجرد الرأي والمشية ، ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها ، وكذا لا يمكن إرثها . ولأن الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التي يشفع بها ، ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع . وقيام ملك الشفيع في التي يشفع بها من وقت البيع إلى الأخذ بالشفعة شرط . ولم يوجد في حق الميت وقت الأخذ ، ولا في حق الوارث وقت البيع . فبطلت ، لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ، ولا بالملك الزائل وقت الأخذ » (٢) . ودع عنك ، بعد كل هذا ، أن القول بعدم انتقال الشفعة إلى الورثة هو القول الذي يتفق مع فكرة التضييق في حق الشفعة ، وهي الفكرة التي سادت نصوص الشفعة في التقنين المدني الجديد .

بقى أن نستعرض في إيجاز موقف محكمة النقض فيما ذهبت إليه من انتقال الشفعة بالميراث . فهي في حكمها الأول الصادر في ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ قد أفرطت في الاستناد إلى الفقه الإسلامي ، واستخلصت من هذا الفقه رأيا راجحا أسندته إلى المالكية والشافعية والإسناد هنا صحيح ، وإلى الحنابلة

(١) ويشبه ذلك حق التعويض عن الضرر الأدبي ، فهو أيضا متصل بشخص المضرور . ومن أجل ذلك لا يورث ، إلا إذا تحدد بموجب اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء (م ١/٢٢٢ مدني) .

(٢) الزيلعي جزء ٥ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨ - وانظر آتفا قوله كاملا في ص ٤٦٢ هامش ١ .

والإسناد هنا محل للنظر فقد أوردنا فيما قدمناه المذهب الحنبلي وهو أقرب إلى المذهب الحنفي (١) . واستخلاص رأى راجح في الفقه الإسلامى يقول بتوارث حق الشفعة على النحو الذى ذهبت إليه محكمة النقض هو أيضا محل للنظر ، فقد قدمنا أنه لا يمكن ترجيح رأى على رأى على وجه جازم ، وأن الحنفية والحنابلة وكثيرا من الأئمة المجتهدين من غير المذاهب الأربعة يقولون بعدم انتقال الشفعة بالميراث ، وأن هذا القول هو الأقرب إلى الرجحان. ولم يستوقف محكمة النقض هذا التمييز الدقيق بين خيار وخيار الذى ورد في المذهب الحنفي ، وهو من التمييزات المنطقية المحكمة التى اشتهر بها هذا المذهب . وقد أحسنت محكمتنا العليا التعبير عنه ، وإن كانت لم تأخذ به ، حين تقول : « فأبو حنيفة وأصحابه يذهبون إلى أن الوارث يكون له ما كان للمورث من الخيارات في خيار العيب وخيار فوات الوصف المرغوب فيه وخيار التعيين وخيارات أخرى ، لا على اعتبار أن الذى ينتقل إلى الورثة هو حق من الحقوق ، بل على اعتبار أن المتقل إليهم عين التصقت بها حقوق . ففي خيار العيب وخيار فوات الوصف ، السبب الحامل على الخيار قائم بالعين بعد موت المورث كما كان قائما قبله . أما خيار الشفعة ، فليس متعلقا بالعين المشفوع فيها ولاصقا بها ، بل هو راجع لمحض إرادة الشفيع إن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فهو لا ينتقل إلى الوارث لأنه ليس بمال ولا في معنى المال . وإذا كانت محكمة النقض قد أفرطت في الاستناد إلى الفقه الإسلامى في حكمها الأول ، فهى في حكمها الثانى الصادر في ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ قد فرطت في الاستناد إلى هذا الفقه ، إذ تقول : « فكون الشريعة الإسلامية هى مصدر تشريع الشفعة لا يوجب النقيض بآراء أئمتها عند البحث في هل ينتقل حق الشفعة بالارث أو لا ينتقل » (٢) . وعند المحكمة أن « الاستشفاع . . توافرت فيه

(١) أنظر آنف ص ٤٦١ .

(٢) ووجه التفريط هنا أن محكمة النقض تكاد تعلن أنها لا تمتد بالفقه الإسلامى في مسألة من مسائل الشفعة ، تضاربت فيها النصوص في المشروع التمهيدى والمشروع النهائى لموضوع الشفعة ، واختلفت فيها المحاكم اختلاف بينا ، وزخرت مذاهب الفقه الإسلامى فيما أوردته من أقوال في شأنها . وليس ثمة شك في أن الفقه الإسلامى هو المصدر الذى استقى منه المشرع المصرى نصوص الشفعة ، فوجب الرجوع إليه في تفسير ما غمض من هذه النصوص وفي استكمال =

عناصر المالية . . وجب اعتباره مالا . وتستدل على ذلك بأحكام القانون الوضعي « الذي جعل إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة وتسجيل هذا الإعلان حجة على الغير ، وجعل أن كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائئوه وكل حق عيني قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد تاريخ التسجيل المذكور لا يسرى على الشفيع » . وتستخلص محكمة النقض من ذلك أنه لا يمكن القول « بأن حق الشفعة حق متصل بشخص الشفيع ولا تعلق له بالمال » . ولا توجد علاقة ظاهرة بين ما تقدمت به المحكمة من أدلة وبين ما انتهت إليه من نتيجة . ثم إنه لا يوجد تعارض بين أن تكون الشفعة حقا متصلا بشخص الشفيع وأن تكون متعلقة بالمال ، فكثير من الحقوق التي تتصل بشخص الدائن يمكن أن تعلق بالمال ، كحق النفقة وحق التعويض عن الضرر الأدبي . وأخيرا يؤخذ على قول محكمة النقض إن الاستشفاع وهو الحق في الأخذ بالشفعة يجب اعتباره مالا ، أن الفرق بين الاستشفاع والمال هو الفرق بين السبب والمسبب ، فالاستشفاع إنما هو سبب لكسب المال وليس عمال . ومن أجل ذلك لا ينتقل الاستشفاع ، كما ينتقل المال ، إلى الوارث ، لأنه سبب متروك إلى إرادة الشفيع ومتصل بشخصه .

كما نقص منها . هذا إلى أن المادة الأولى من التقنين المدني ، عندما تعدد مصادر القانون التي تستق منها الأحكام مباشرة ، تذكر بعد النصوص التشريعية والعرف مبادئ الشريعة الإسلامية . فبادئ الفقه الإسلامي أصبحت ، بموجب هذا النص ، من بين المصادر التي يستق منها مباشرة القانون الوضعي . وليس أولى من نظام الشفعة ، بين النظم القانونية التي اشتمل عليها التقنين المدني ، بالرجوع فيه إلى مبادئ الفقه الإسلامي . ولا نتقيد في الرجوع إلى هذه المبادئ بمذهب دون مذهب ، بل نختار من مذاهب الفقه الإسلامي ومن أقوالها ما هو أكثر ملاءمة لحاجات العصر ، وأشد انسجاما مع المبادئ العامة التي تسود التقنين المدني .

ويلاحظ مع ذلك أن التكييف القانوني للتصرف تتبع فيه مبادئ القانون المدني دون مبادئ الفقه الإسلامي . مثل ذلك أن الشفعة لا تجوز إلا في بيع العقار . فتكييف التصرف بأنه بيع تتبع فيه مبادئ القانون المدني ولو خالفت مبادئ الفقه الإسلامي ، فلا تندرج المقايضة ضمن البيع تبعاً لمبادئ القانون المدني وإن كانت تندرج تبعاً لمبادئ الفقه الإسلامي . وكذلك تكييف المال بأنه عقار تتبع فيه مبادئ القانون المدني ولو خالفت مبادئ الفقه الإسلامي ، فالبناء يعتبر عقاراً ولو أنه في بعض المذاهب الإسلامية يعتبر منقولاً . ثم إن تكييف البيع بأنه باطل أو قابل للإبطال أو صحيح ، أو أنه معلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ ونحو ذلك ، تتبع فيه مبادئ القانون المدني ، دون مبادئ الفقه الإسلامي من تقسيم البيع إلى باطل وقاسد وموقوف ونافذ ولازم .

١٦٤ - التشريعات المتعاقبة في الشفعة - أنصار الشفعة ومقصودها -

التضييق في حق الشفعة في التقنين المرئي الجدير : كانت أحكام الفقه الإسلامي في الشفعة هي المعمول بها قبل صدور التقنين المدني المختلط ثم التقنين المدني الوطني السابق . ولما صدر هذان التقنينان اشتمل كل منهما على نصوص في الشفعة هي تقنين لأحكام الفقه الإسلامي . صدر التقنين المدني المختلط أولاً ، فاشتمل على المواد ٩٣ - ١٠١ والمادتين ٥٦٢ - ٥٦٣ تقرر حق الشفعة وتنظم هذا الحق . فجعلت الشفعة في العقار (م ٩٣ - ١٠١) ، وكذلك في المنقول حيث أضيفت الشفعة إلى حق الاسترداد (م ٥٦٢ - ٥٦٣) . كما جعلت « لمن أعار أرضه لإنسان وأذن له بالبناء أو الغرس فيها حق الشفعة ، إذا دفع الثمن المطلوب البيع به ولو قبل انقضاء مدة العارية » (م ٩٣) ، فيشفع صاحب الأرض في البناء أو الغرس إذا باعه صاحبه . ثم جعلت الشفعة للشريك في العقار الشائع ، ثم للجار . « وفي كل الأحوال يجب على من له حق الشفعة أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في العقار المبيع في ظرف أربع وعشرين ساعة من وقت التكليف الرسمي الحاصل له بإبداء رغبته ، ويزاد عليها مسافة الطريق ، وإلا سقط حقه » (م ١٠١) . ثم صدر التقنين المدني الوطني ، فاشتمل على المواد ٦٨ - ٧٥ تقرر حق الشفعة في العقار ، أما حق استرداد الحصص الشائعة فقد جعل في العقار والمنقول (م ٤٦٢) . وأحكام الشفعة في التقنين المدني الوطني تماثل ، فيما عدا فروقا قليلة ، أحكام الشفعة في التقنين المدني المختلط . ومن هذه الفروق ما نصت عليه المادة ٧٥ من التقنين المدني الوطني من أنه « يجب على من له حق الشفعة ، ويرغب الأخذ بها ، أن يبين رغبته في ذلك بتقرير يقدمه لقلم كتاب المحكمة التابعة لها الجهة الكائن فيها العقار ، في ظرف خمسة عشر يوما بالأكثر من بعد تكليفه رسميا بمعرفة المشتري بإبداء رغبته ، وإلا سقط حقه ، ويزاد على هذا الميعاد مسافة الطريق » .

وقد أظهر العمل أن هذه النصوص ليست وافية ، واستدعى اقتضاها الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي ، فأدى ذلك إلى تناقض الأحكام . فصدر قانون خاص بالشفعة ، هو الأمر العالي الصادر في ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ بالنسبة إلى القضاء المختلط ، والأمر العالي الصادر في ٢٣ مارس سنة ١٩٠١

بالنسبة إلى القضاء الوطنى . وبذلك انفصل قانون الشفعة عن التقنين المدنى ، وألغى هذا القانون النصوص السابق الإشارة إليها فى التقنين المدنى . وهذا هو قانون الشفعة السابق ، الذى استمدت منه نصوص الشفعة فى التقنين المدنى الجديد ، بعد أن أعيدت هذه النصوص إلى مكانها الطبيعى فى التقنين المدنى . وقد جعل قانون الشفعة السابق الشفعة فى العقار للشريك فى العقار الشائع أولا ، ثم للجار المالك فى أحوال معينة . واعتبر شريكا فى العقار المشفوع فيه من يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بهنمه ، وله طلب الشفعة إذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه . ويسقط حق الشفعة إذا لم يظهر الشفيع رغبته فى الأخذ بها فى ظرف خمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بإبداء رغبته ، ويجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لها كتابة على يد محضر . ويكون هذا الإعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا . وترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري ، والحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها . ويحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته ، فإذا ظهر أن العقار المشفوع فيه مستحق للغير فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع ، ولكن ليس للشفيع أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشتري فى دفع الثمن إلا برضاء البائع . وقد كان قانون الشفعة السابق أو فى بكثير مما سبقه من النصوص التى وردت فى التقنين الوطنى والمختلط ، وعالج كثيرا من وجوه النقض فى هذه النصوص .

وعند إعداد المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ، لم يعدل المشروع فى النصوص التى كانت لجنة الأستاذ كامل صدقي قد وضعتها فى شأن الشفعة مستمدة إياها من قانون الشفعة السابق كما قدمنا ، بل بقيت هذه النصوص كما هى مع تعديل طفيف فى ترتيبها وفى بعض أحكامها . وقد استقر رأى هذه اللجنة ، بعد مناقشات طويلة (١) ، على إبقاء الشفعة سببا لكسب الملكية.

(١) أنظر هذه المناقشات فى محضر جلسة ١٤ مايو سنة ١٩٣٧ للجنة الأستاذ كامل صدق . وقد انقسم الأعضاء فى الرأى ، فبعض رأى الإبقاء على الشفعة بالنسبة إلى الشريك فى الملك وإلغائها بالنسبة إلى الجار ، وبعض رأى الإبقاء على الشفعة كلما كان من شأنها جمع عناصر الملكية فى يد واحدة بعد تشتها وتجزئتها والاعتراف بحق الشفعة للجار فى حالة وجود حق =

وقد كان للشفعة خصوم يرون وجوب إلغائها لأنها قيد خطير يرد على حرية التعاقد ، ولم يعد لها ما يسوغها ، ونخاصة الشفعة بسبب الحوار . غير أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد استبقى الشفعة كاملة بما فى ذلك الشفعة بسبب الحوار ، لاعتبارات تاريخية ، ولأن هذا النظام قد أصبح جزءا من التقاليد القانونية للبلاد ، هذا إلى ما للشفعة من فائدة فى جمع ماتفرق من حق الملكية كضم حق الانتفاع إلى الرقبة من طريق الأخذ بالشفعة (١) . وعند نظر المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة ، حذفت هذه اللجنة الشفعة بسبب الحوار ، إذ هى موضع خلاف بين مذاهب الفقه الإسلامى ، ولا يقول بها إلا المذهب الحنفى مع تقييدها بشروط معينة . وعلى ذلك قدم المشروع النهائى لنصوص الشفعة إلى مجلس النواب خالية من الشفعة بسبب الحوار . فاحتدمت المناقشة فى هذا المجلس ، بين مؤيدين لإلغاء شفعة الحوار ومنادين بوجوب إرجاعها . وانتصر أخيرا رأى القائل بوجوب إرجاعها ، وأقر مجلس النواب نصوص الشفعة بعد أن أعاد إليها النص الخاص بالشفعة بسبب الحوار (٢) .

=ارتفاق على الأقل . وأشار بعض الأعضاء إلى الأضرار الملازمة لنظام الشفعة من مساومات تجرى بين بعض الجيران يمكن وصفها بأنها مساومات استغلالية ، ومن أن الشفعة من الوجهة الاقتصادية سبب من أسباب تخفيض قيمة الملك ، ومن حالة عدم الاستقرار التى يستهدف لها الملاك فى أثناء قيام النزاع على الشفعة الذى قد يطول أمره بضع سنين . وقال بعض الأعضاء إنه حتى لا يبق مصر الملك معلق أو مشكوكا فيه أمداً طويلا يجب تقصير المواعيد الخاصة باستعمال حق الشفعة ، والتوسع فى حالات سقوط هذا الحق . وتأسيسا على ذلك رأى بعض الأعضاء التسليم بجواز النزول مقدما عن حق الشفعة قبل ثبوته ، وإلزام الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة وإلا سقط حقه فيه ، والتضييق فى حالات التزاحم بين الشفعاء ، ومنع الشفيع من الرجوع فى الشفعة تعسفا بعد استعمال حقه فيها . وقد وافقت اللجنة أخيراً ، بأغلبية الآراء ، على استبقاء حق الشفعة بالنسبة إلى كل من الشريك فى الملك ومالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع ، وكذلك بالنسبة إلى الجار فى حالة وجود حق ارتفاق - أنظر فى هذه المناقشات مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٩ - ص ٣٦٣ فى الهامش .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٣ .

(٢) كانت لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب ، بعد أن تلقت المشروع النهائى للتقنين المدنى الجديد خلواً من الشفعة بسبب الحوار ، قد أضافت نصا يجعل حق الأخذ بالشفعة «لجار المالك فى الأراضى الزراعية ، إذا كانت أرضه لها أو عليها بالنسبة للأرض المشفوع فيها حق ارتفاق ، وكانت قيمة أرضه تساوى على الأقل نصف ثمن الأرض المشفوع فيها» . ولما عرضت نصوص الشفعة على مجلس النواب ، احتدمت المناقشة فى الشفعة بسبب الحوار . =

وفي لجنة مجلس الشيوخ ، اقترح أحد الأعضاء إلغاء شفعة الحوار « وعدم

وافتح المناقشة أحد الأعضاء مطالب بإعادة الشفعة بسبب الحوار كما كانت في قانون الشفعة السابق ، وقال في هذا الصدد : « نحن بلد شرقى له عاداته وتقاليده ، وكنت أظن أن الحكومة ستعمل في مشروعها الجديد على رفع القيود الواردة في القانون الحالى ، فتوسع نطاق حق الشفعة لا أن تضيقه ، حتى يصبح من حق الجار أن يشتري العقار بطريق الشفعة إما دفعا لضرر كما قلت ، وإما لتمكين الجار من شراء الأراضى المتداخلة في أرضه ، فيتحقق ما نصبو إليه من استواء الأراضى وحسن تقسيمها » . فرد أحد الأعضاء قائلا : « الواقع أن حق الشفعة بالنسبة للجار في الشريعة من المسائل الخلافية التى فيها رأيان ، رأى راجح ورأى مرجوح . فأما رأى المرجوح فهو رأى الإمام أبى حنيفة الذى يرى وحده دون الأئمة الثلاثة جواز الشفعة للجار... أما باقى الأئمة فهم لا يميزون هذا النوع من الشفعة... بل رأوا أن المصلحة فى أن يكون كل من المالكين حراً فى أن يبيع لمن يشاء لجار أو لغيره... هذا فيما يتعلق بالشريعة . أما فيما يتعلق بالموضوع فلست أدرى ماهى العلة التى تحملنا على أن نبيع ما يراه زميلى المحترم . ولكى أزيد المسألة وضوحاً أضرب لكم مثلاً... هبوا أن... يملك فى أسيوط ٩٩٩ فداناً وأملك أنا بجواره فداناً واحداً... وأردت أن أرحل من أسيوط إلى القاهرة . ولكن لى... قريباً يملك فداناً واحداً كذلك ، ولسوء حظه لم يكن فداناه ملاصقاً لفدانى . فلما عزمتم أن أبيع له فدانى ، جاء.. وقال إن فدانك ملاصق لأرضى وأريد أن امتلكه حتى يصبح عندى ألف فدان (أى رقم دائرى) . فريد أن يجبرنى محتجاً بالشفعة على أن يأخذ منى هذا الفدان دون أخى أو قريبى » . وأضاف أحد الأعضاء قائلاً : « أضيف إلى مقاله زميلى أنه أكثر الذين تناولوا مواد الشفعة من رجال القانون يعتبرون أنها حق مكروه كالطلاق . أما سوء الحوار الذى يقول به زميلى.. فقد انتهى أمره ، لأن الناس كانوا قلة فى الماضى ، وكان يمكن أن يؤذى الجار جاره . أما فى الوقت الحاضر فقد زاد العمران وزاد عدد السكان ، وأصبح الإنسان لا يعرف جاره » . ثم عارض أحد الأعضاء قائلاً : « إن حق الشفعة كان معروفاً فى مصر من زمن بعيد ، وأريد تقييده ، فصدر قانون بذلك سنة ١٩٠١ اشترط لثبوت حق الشفعة الحوار من حدين ، ومنعها فى البيع للأخ أو الأب أو الابن أو القريب من الدرجة الثانية أو الزوجين.. أما القول اليوم بمنع الشفعة إطلاقاً على أساس التول بحرية التعاقد ، فكلام بعيد عن الحقيقة » . فرد أحد الأعضاء : « الواقع أن الجار القوى لا يشتري إلا بأجنس الأثمان ، وهذا هو الذى يلجئ الجار الضعيف تحت سيف التهديد بحق الشفعة من الجار القوى إلى الاحتياى على القانون برفع الثمن . ومن ثم يأتى الجار القوى.. ويطالب بحق الشفعة فتنشأ المنازعة وترفع القضايا.. نحن الآن أمام مشكلة الملكيات الكبيرة ونريد أن نقضى عليها قضاء مبرماً ، لأن عهد العبودية والاستعباد الأرضى يجب أن يزول » . فعاود العضو المعارض معارضته قائلاً : « تساءلت عن الحكمة التى حدثت بالحكومة واللجنة إلى هذا التقييد ، وطالبت بإيضاح المبرر له ، فتكلم.. وتحدث عن الملكية الكبيرة وأن الشفعة تحد من هذه الملكية . لا ياسيدى لم يقل أحد بذلك . فنحن بصدد تشريع عام لا تشريع يتعلق بالملكية الكبيرة أو الصغيرة.. إذا أردتم تعديلاً فى التشريع فبينوا السبب الذى يبرر هذا التشريع ، وإذا أردتم الحد من الملكية الكبيرة فحلوا منها ما شتم.. حلوا من الرأسمالية وحاربوها ، لعنة الله عليها وعلى من يحبها ، إنما نحن بصدد تشريع ، والتشريع لا بد له من مبرر ، والحكومة ومن تكلموا لم يذكروا أى مبرر يصح أن يتخذ سبباً لهذا التعديل » .

الأخذ بتعديل مجلس النواب ، خصوصا وأن الحوار أصبح لا يعتد به الآن ، وقد لا يعرف الجار جاره ، وأن التوسع في الأخذ بالشفعة يناهى الشعور السلئد في منع تكتل الملكية » . ولكن اللجنة ، بأغلبية الآراء ، أقرت شفعة الحوار ، ووافقت على المشروع بالتعديل الذى أدخله مجلس النواب (١) . وعلى ذلك أقر المشروع في مجلس الشيوخ على الوجه الذى استقر عليه في التقنين المدنى الحديد ، شاملا لشفعة الحوار ، ومستحدثا في قانون الشفعة السابق لبعض أحكام تفصيلية سنعرض لها في مواضعها .

ومهما يكن من أمر استبقاء الشفعة سببا لكسب الملكية : ومن أمر الاحتفاظ فيها بشفعة الحوار ، فقد شاعت في نصوص التقنين المدنى الحديد في الشفعة روح التضييق من هذا الحق . وتظهر هذه الروح جلية في تعديلات استحدثها التقنين المدنى الحديد ، نذكر منها ما يأتي :

١ - أهم تعديل استحدثه التقنين المدنى الحديد ، للتضييق من حق الأخذ بالشفعة . هو التعديل القاضى بوجوب إيداع الشفيع خزانة المحكمة « كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع . مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة ، فان لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة » (م ٢/٩٤٢ مدنى) . ولم يكن قانون الشفعة السابق يوجب هذا الإيداع . بل كان يقتصر على النص على أن يكون إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة « مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا » (م ١/١٤ من قانون الشفعة السابق) . فلم يكن عرض الثمن عرضا حقيقيا محتما ، يله الإيداع في خزانة المحكمة ، بل كان يكفي أن يبدى الشفيع استعدادا لدفع الثمن وملحقاته في صحيفة دعوى الشفعة . فوضع التقنين المدنى الحديد ، بإجابه إيداع الثمن خزانة المحكمة ، حدا لدعاوى الشفعة غير الحديدية التى يقصد بها في الغالب فتح المجال للمضاربة عن طريق تهديد المشتري حتى يضطر إلى مساومة الشفيع على ترك دعوى الشفعة لقاء مبلغ من المال . لا سيما إذا لوحظ

= وانتهت المناقشة بأن وافق مجلس النواب على اقتراح قدمه أحد الأعضاء يقضى باعادة الشفعة بسبب الحوار كما كانت عليه في قانون الشفعة السابق - أنظر في هذه المناقشات مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٧٣ - ص ٣٨٤ في الهامش .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٨٤ - ص ٣٨٥ .

أن الشفيع لم يكن ملزماً في قانون الشفعة السابق ، كما هو ملزم في التقنين المدني الجديد (م ٩٤٣ مدني) ، بقيد الدعوى في ميعاد معين ، فكان يكتب باعلان صحيفتها دون أن يقيد بها ، ثم يفتح الباب لمساومة المشتري . وهكذا ضيق التقنين المدني الجديد بهذا الحكم أشد التضييق من حق الشفعة ، إذ أصبح واجباً على الشفيع أن يودع خزانة المحكمة كل الثمن قبل رفع دعوى الشفعة ، وليس هذا بالأمر اليسير في كثير من الأحوال .

٢ — أجاز التقنين المدني الجديد نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قيل البيع (م ٩٤٨ مدني) ، فمهد بذلك السبيل للمشتري في أن يحصل على نزول الشفيع عن الشفعة مقدماً قبل أن يقدم على الشراء ، وذلك حتى يطمئن إلى مصير الصفقة ، وقد سبق بيان ذلك (١) . أما قانون الشفعة السابق ، فعبارة الواردة في المادة ١٩ (أولاً) منه تفيد أنه لا يجوز النزول عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها ، وإن كانت محكمة النقض قد قضت ، تطبيقاً لأحكام قانون الشفعة السابق ، بأن النزول عن الشفعة جائز حتى قبل البيع (٢) .

٣ — منع التقنين المدني الجديد الأخذ بالشفعة « إذا وقع البيع بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية » (م ٩٣٩ ب مدني) . أما قانون الشفعة السابق ، فقد كان ينص في المادة ٣ منه على أنه « . . . لا شفعة فيما بيع من الأصول لفروعهم وبالعكس ، ولا فيما بيع من أحد الزوجين للآخر ، أو من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة » . ونرى من ذلك أن التقنين المدني الجديد قد توسع في منع الأخذ بالشفعة ، فضيّق من هذا الحق ، بأن منعه في البيع بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ولم يقتصر على الدرجة الثالثة التي اقتصر عليها قانون الشفعة السابق ، ومنعه في البيع ما بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية ولم يكن قانون الشفعة السابق يمنعه في البيع ما بين الأصهار أصلاً .

٤ — أسقط التقنين المدني الجديد الحق في الأخذ بالشفعة « إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع » (م ٩٤٨ ب مدني) ، في حين أن

(١) أنظر آنفاً ص ٤٥٣ وما بعدها .

(٢) نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٣ ص ٦٥٨ -

وانظر آنفاً ص ٤٥٤ هامش ١ .

قانون الشفعة السابق في المادة ٢٢ منه كان لا يسقط الشفعة إلا « بعد مضي ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع » .

٥ - نص التقنين المدني الجديد صراحة على أنه إذا توافرت في المشتري الشروط التي كانت تجعله شفيعا ، « فانه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته » (م ٩٣٧ / ٣ مدني) . وقد كانت محكمة النقض ، بالتطبيق لأحكام القانون الشفعة السابق ، لا تفضل المشتري الشفيع على شفيع من طبقته ، فكانت تفتح بابا للأخذ بالشفعة أغلقه التقنين المدني الجديد بالنص سالف الذكر ، وسنعرض لهذه المسألة في موضعها .

هذا إلى أن تكييف التقنين المدني الجديد الشفعة تكييفاً قانونياً صحيحاً ، وتصريحه في المادة ٩٣٥ مدني بأن « الشفعة رخصة » ، ساعد على ترجيح الرأي القائل بأن الشفعة لا تنتقل بالمراث ، إذ أن الرخص لا تورث على التفصيل الذي سبق أن بسطناه (١) . وفي عدم انتقال الشفعة بالمراث تضيق في الأخذ بها ، ما دامت ورثة الشفيع لا يجوز لهم الأخذ بالشفعة (٢) .

وبالرغم من هذا التضيق في الأخذ بالشفعة ، فإن التقنين المدني الجديد لا يزال يعتبر الجوار في حالات معينة سبباً من أسباب الأخذ بها . وإذا كان من المستساغ أن يثبت للشريك في الشيوع حق الأخذ بالشفعة تفادياً من دخول أجنبي بين الشركاء ، وكان من المستساغ أيضاً أن يثبت لصاحب الرقبة

(١) أنظر آنفاً ص ٤٥٨ وما بعدها .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد التضيق في المشروع من حق الأخذ بالشفعة : « على أن المشروع كان قد انتهى إلى استبقاء الشفعة ، فقد عمل من ناحية أخرى على التضيق في الأخذ بها ، إذ هي قيد يرد على حرية التصرف فيحسن عدم التوسع فيه . ضيق المشروع في الشفعة من ناحية الموضوع ، ومن ناحية الإجراءات . فأورد في الموضوع ثلاثة أحكام تقيد منها ، إذ جعل قرابة الحواشي المانعة من الأخذ بها تمتد إلى الدرجة الرابعة ، وأجاز أن يتنازل الشفيع عن الشفعة قبل البيع ، وأنقص المدة التي تسقط - في الأخذ بالشفعة - إلى ثلاثة أشهر (أصبحت أربعة أشهر) من يوم تسجيل البيع . وعالج (المشروع) من ناحية الإجراءات مسألة هامة بروح التضيق في الأخذ بالشفعة ، فأوجب على الشفيع أن يودع الخزينة مبلغاً يساوي الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع . وقد عادت الشفعة في المشروع إلى مكانها في التقنين المدني ، بعد أن انفصلت عنه منذ صدور القانون الحالي (السابق) الخاص بالشفعة في سنتي ١٩٠٠ و ١٩٠١ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٤) .

أو لصاحب حق الانتفاع أو للمحكر أو للمستحكر أن يأخذ بالشفعة جمعا لما تفرق من شتات الملكية ، فليس من المستساغ بعد أن استدار الزمن أن يبقى للجار حق الأخذ بالشفعة . فالشفعة قيد خطير على حرية التعاقد ، وعامل من عوامل عدم الاستقرار في المعاملات العقارية ، ولا يبررها إلا اعتبار أشد خطرا منها . والجوار قد أصبح في الوقت الحاضر ليس بذى خطر كما كان في الماضي ، فلم يعد يصلح مبررا للأخذ بالشفعة . بل إن الجوار ، حتى في الماضي ، لم يكن سببا من أسباب الأخذ بالشفعة في أكثر مذاهب الفقه الإسلامي . فاذا أضيف إلى ذلك أنه كثيرا ما يتخذ ذريعة لتكتيل الملكية العقارية والتوسع في تملك الأراضى والمباني المجاورة على حساب صغار الملاك وذوى الحاجة منهم ، تبين أنه كان من الصواب الوقوف عند المشروع النهائى للتقنين المدنى الجديد الذى أقرته لجنة المراجعة ، وقد حذف فيه الجوار سببا للأخذ بالشفعة على النحو الذى ذكرناه فيما تقدم .

وبعد هذه النظرة التمهيدية في الشفعة ، نتناول أحكامها في مباحث ثلاثة :
(١) شروط الأخذ بالشفعة . (٢) كيفية الأخذ بالشفعة . (٣) آثار الأخذ بالشفعة .

المبحث الأول

شروط الأخذ بالشفعة

١٦٥ - **مقدمة شروط الأخذ بالشفعة** : تلخص هذه الشروط في

أمرين : (١) بيع عقار . (٢) وجود شفيع .

المطلب الأول

بيع عقار

١٦٦ - **مسألة** : نعرض هنا لمسألتين : (١) بيع العقار الأصل فيه

جواز الأخذ بالشفعة . (٢) ومع ذلك هناك بيوع عقارية لا يجوز فيها الأخذ بالشفعة .

١٦٧ - ما يشتمل عليه بيع العقار من مسائل : إذا بيع عقار ، انفتح باب الشفعة . والأصل جواز أن يؤخذ هذا العقار بالشفعة ، إذا وجد شفيع وتوافرت سائر شروط الشفعة . والمفروض أن يكون هناك عقار ، وقد ورد عليه عقد البيع .

فالشفعة لا تكون إلا في العقار . أما المنقول فيرد عليه حق الاسترداد دون حق الشفعة . ثم إن الشفعة غير قابلة للتجزئة ، فلا تجوز تجزئة العقار أو العقارات المباعة عند الأخذ بالشفعة ، وذلك حتى لا تتجزأ الصفقة .

ثم يجب أن يرد على العقار عقد البيع ، فهذا العقد هو التصرف الوحيد الذي يجوز فيه الأخذ بالشفعة ، وأى عقد آخر ولو كان ناقلاً للملكية لا يجوز فيه الشفعة . ولا يشترط في البيع ، حتى يصح الأخذ بالشفعة ، أن يكون مسجلاً . وقد تتوالى البيوع على العقار الواحد ، فيثار التساؤل في أيها يجوز الأخذ بالشفعة .

فهذه جملة من المسائل ، نستعرضها متعاقبة على الترتيب الآتي : (١) لاشفعة في المنقول . (٢) الشفعة غير قابلة للتجزئة . (٣) لا تجوز الشفعة إلا في عقد البيع . (٤) جواز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل . (٥) الأخذ بالشفعة عند توالى البيوع .

١٦٨ - لا شفعة في المنقول : الشفعة لا تكون إلا في العقار ، ولا شفعة في المنقول . وإنما يرد على المنقول حق الاسترداد ، لا حق الشفعة . وقد سبق أن بسطنا القول في حق الاسترداد في الجزء الثامن من الوسيط عند الكلام في الملكية الشائعة ، وبيننا أن حق الاسترداد يثبت في المنقول الشائع إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة في هذا المنقول لأجنبي بطريق الممارسة . ولحق الاسترداد قواعد ومواعيد وإجراءات تختلف عن قواعد الشفعة ومواعيدها واجراءاتها ، وهذا الحق مستمد من القانون الفرنسي في حين أن الشفعة مستمدة من الفقه الإسلامي . على أن طبيعة حق الاسترداد هي نفس طبيعة حق الشفعة ، وليست الشفعة إلا حق استرداد يثبت في العقار في أحوال خاصة وبشروط

معينة . أما شروط حق الاسترداد فهي تنحصر ، على ما سبق أن بينا (١) ، في أن يصدر بيع من أحد الشركاء في مجموع من المال أو في منقول معين بالذات ، وأن يرد هذا البيع على حصة شائعة ، وأن يصدر البيع إلى أجنبي عن الشركاء ، وأن يكون المسترد هو أحد الشركاء (م ٨٣٣ مدني) . ويجب طلب الاسترداد قبل القسمة ، في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علم الشريك المسترد بالبيع أو من تاريخ إعلانه به . وإجراءات الاسترداد ليست من التعقيد بالقدر الذي عليه إجراءات الشفعة ، وهي إجراءات تتلاءم مع طبيعة المنقول .

وعلى ذلك لا ترد الشفعة في بيع حصة شائعة في السفينة ، لأن السفينة منقول ، والذي يرد هو حق الاسترداد (٢) . كذلك لا ترد الشفعة في المنقول بحسب المال ، كبيع بناء للهدم أو غراس للقلع . فلا يشفع في هذا البناء أو الغراس شريك أو جار . أما بيع البناء على سبيل القرار ولكن استقلالاً عن الأرض . كبيع المحتكر للبناء الذي أقامه على الأرض المحكرة أو بيع صاحب الطابق الأعلى من منزل لا يملك طابقه الأسفل . فهو بيع عقار لا بيع منقول . ومن ثم يجوز للشريك المشتاع وللجار الملاصق للبناء المبيع أخذ هذا البناء بالشفعة . إذا توافرت فيه سائر الشروط (٣) .

والعقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته رصد على خدمة العقار أو استغلاله ، فاذا بيع مستقلاً عن العقار الذي رصد لخدمته أو استغلاله فالبيع بيع منقول . ولا يجوز الأخذ فيه بالشفعة . أما إذا بيع مع هذا العقار ، فانه يجوز أخذه بالشفعة تبعاً للعقار . وعلى ذلك إذا بيعت مزرعة بما فيها من

(١) الوسيط ٨ فقرة ٥١٦ .

(٢) وعند مالك . دون المذاهب الأخرى ، تجوز الشفعة في السفينة لأنها أعدت كالعقار لتكون مسكناً .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٤ ص ٢١٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٥٤ ص ٤٤١ - وعند الحنفية بيع البناء أو الشجر استقلالاً عن الأرض هو بيع منقول ، أما إذا بيع مع الأرض فيجوز أخذه بالشفعة تبعاً للأرض . وقد جاء في المادة ٢٠٩ من مرشد الخيران في هذا الصدد : « لاشفعة في البناء والشجر المبيع قصداً بلون الأرض القائم عليها ، فاذا بيع البناء تبعاً للأرض ثبتت فيه الشفعة » . أما المالكية فيعتبرون البناء عقاراً ، فثبتت فيه الشفعة حتى لو بيع استقلالاً عن الأرض .

مواش وآلات رى ونحوها مما يعد عقارا بالتخصيص ، فان الشفعة تثبت في المزرعة وما تشتمل عليها من المواشى وآلات الرى وغيرها من العقارات بالتخصيص . أما إذا فصلت المواشى أو آلات الرى عن الأرض ويبتع مستقلة ، فان الشفعة لا تثبت إذ البيع يكون في هذه الحالة بيع منقول (١) .

١٦٩ - الشفعة غير قابضة للجزئية : معنى أن الشفعة غير قابلة للجزئية أنه

لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة ، في صفقة واحدة ، بعض المبيع دون بعض . وذلك حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري فيضار بذلك . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٣٥ مدنى ينص على هذا الحكم صراحة ، إذ كان هذا النص يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « والحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة . وإنما ينتقل بالميراث ، وهو حق لا يتجزأ في استعماله » . واجتازت هذه الفقرة المراحل التشريعية حتى وصلت إلى لجنة مجلس الشيوخ . بعد أن عدلت في لجنة المراجعة بما يجعل الشفعة لا تنتقل بالميراث على ما مر بيانه (٢) . ودار نقاش في لجنة مجلس الشيوخ حول توريث حق الشفعة وتجزئته . ثم استقر رأى اللجنة على حذف الفقرة كلها من المشروع « وترك حكمها لاجتهاد القضاء » (٣) . والقضاء مضطرد على عدم جواز تجزئة الشفعة ، وهذا هو الحكم أيضا في الفقه الإسلامى (٤) .

وتأصيل المسألة أنه إذا تعددت الصفقة ، جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٧٥ ص ٣٧٠ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥٦ - شفيق شحاتة فقرة ٢٥٩ - إسماعيل غانم ص ٨٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٠ ص ٤٦٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٢ - حسن كيرة ص ١٢ .

(٢) أنظر آنفا ص ٤٤٥ هامش ١ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٦ .

(٤) وقد نصت المادة ١١٣٥ مدنى عراقى على أن « الشفعة لا تقبل التجزئة ، فليس للشفيع أن يطلب بالشفعة بعض العقار المشفوع ويترك بعضه . لكن إذا تعدد المشترون واتحد البائع ، فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ولو كان شائعا ويترك الباقي » . ونصت المادة ٢٤٥ من قانون الملكية العقارية اللبنانى (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن « حق الشفعة لا يتجزأ ، فلا يجوز استعماله أو إسقاطه إلا بكامله . فإذا تعدد الشفعاء المتساوون في الفئة ، وأسقط أحدهم أو بعضهم حقه في الشفعة ، وجب على الباقيين طلب الشفعة أو إسقاطها بكاملها . أما إذا تعدد المشترون فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم فقط » .

في بعض الصفقات دون بعض إذا توافرت شروط الشفعة فيما يأخذ بالشفعة فيه ، ولا يكون هذا تجزئة للشفعة (١) . فإذا باع المالك عقاراً واحداً للمشتريين متعددين في صفقات متعددة ، بأن اشترى كل من المشتريين جزءاً مفرزاً من العقار بثمن مسمى ، ولو انتظم عقد واحد كل هذه الصفقات ، وكان للعقار جار توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، كان لهذا الجار أن يأخذ بالشفعة في جميع الصفقات فيستولي على كل العقار ، وكان له أيضاً أن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقات دون بعض إذ هو لم يفرق الصفقات فقد كانت مفرقة من الأصل (٢) . وكذلك إذا باع المالك عقارات متعددة ولو لمشتري

- (١) استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ انحامة ٨ رقم ١٤٢ ص ١٩٠ - الإسكندرية الكلية الوطنية ١١ فبراير سنة ١٩٢٩ المحامة ٩ رقم ٣٣١ ص ٥٤٤ .
- (٢) فإذا طلب الشفع جزءاً مفرزاً من هذه الأجزاء ، وجب أن تتوافر في هذا الجزء شروط الأخذ بالشفعة ، بأن يكون مثلاً ملاصقاً للأرض المشفوع بها من حدين وتكون قيمة الأرض المشفوع بها لا تقل عن نصف قيمة هذا الجزء . ويستطيع الشفع بعد ذلك أن يشفع في أى جزء مفرز آخر من العقار إذا كان متصلاً بالجزء المفرز الذى شفع فيه أولاً ، حتى لو لم تتوافر شروط الشفعة في هذا الجزء الآخر بأن يكون مثلاً غير ملاصق للأرض المشفوع بها إلا من حد واحد أو غير ملاصق لها أصلاً . ولكن لا يستطيع أن يشفع في جزء مفرز لا تتوافر فيه شروط الأخذ بالشفعة ، إذا كان هذا الجزء غير متصل بجزء تتوافر فيه هذه الشروط ويكون الشفع تد أخذه بالشفعة . وقد قضى في هذا المعنى بأنه إذا كان سبب الأخذ بالشفعة الجوار من جهتين ، وجب أن يكون كذلك بالنسبة إلى الحصص التى يطلب أخذها بالشفعة في مجموعها . فلا يصح له مثلاً أن يأخذ الحصة البعيدة عنه التى لا يكون له بها اتصال أو التى لا يكون له بها اتصال إلا من جهة واحدة ، دون أن يأخذ الحصص المتصلة بها والمجاورة للملكة من الجهتين . ولكن يكفي أن يطلب الحصة المجاورة له من الجهتين وما يتصل بها من الحصص الأخرى . ولو كان بعض هذه الحصص غير متوافر فيه في ذاته شرط الجوار للملك الشفع من الجهتين . وذلك لأن إباحة أخذ العقار بتمامه بالشفعة أو بعض حصص منه تدل على أن المعتبر في نظر القانون هو كلية العقار أو كلية مجموعة الحصص المطلوب أخذها منه ، بحيث أن هذه المجموعة المتصلة أجزاؤها بعضها ببعض تعتبر كلاً واحداً متى تحقق الجوار من جهتين في بعضه سرى ذلك إلى باقيه . والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى نتيجة غير مقبولة ، وهى أنه في مثل هذه الحالة يكون للشفع أن يأخذ العقار بتمامه ولكنه لا يستطيع أن يأخذ من الحصص إلا كل حصة تكون بذاتها مجاورة له من الجهتين . وقد لاحظ المقتن في ذلك أن العقار كل قد يتضرر الشفع من جميع من ينتقل إليهم بالبيع بخصص مفروزة لكل منهم أو من بعضهم ، فأباح له أن يأخذ الكل بالشفعة ، أو أن يأخذ البعض بقدر ما يرى فيه إبعاد الضرر عنه . وقد يكون ذلك متحققاً في عدد من جيرانه الجديدين ، فإن اضطر لأخذ الشفعة من بعضهم دون بعض فإنه يبقى جاراً ملاصقاً أيضاً لهذا البعض الباقي فلا يدفع عن نفسه أذى جواره . لذلك جعل له القانون الحق في أن يأخذ بالشفعة من الحصص بقدر ما يشاء ، تحت شرط أن يكون سبب الأخذ بالشفعة متوافراً في بعضها ويكون باقيها متصلاً بها (طنطا الكلية ١٦ يونيه سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٤٣ ص ٥١) .

واحد ، في صفقات متفرقة ، كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة ، إذا توافرت شروطها ، في بعض الصفقات دون بعض . وليس في هذا تجزئة للشفعة ، فان الصفقات كانت من الأصل متفرقة (١) .

أما إذا كانت الصفقة واحدة ، فانه لا يجوز للشفيع أن يفرقها بأن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقة دون أن يأخذ الصفقة كاملة ، إذ أن ذلك يكون تجزئة للشفعة (٢) . ويمكن تصور وحدة الصفقة في فرضين : إذا باع المالك عقارا واحدا لمشتريين متعددين على الشيوع وهذا هو فرض تعدد المشتريين مع وحدة العقار المبيع (٣) ، وإذا باع المالك عقارات متعددة لمشتري واحد في صفقة واحدة وهذا هو فرض تعدد العقارات المبعة مع وحدة المشتري (٤) .

أ - في فرض تعدد المشتريين مع وحدة العقار المبيع ، إذا باع المالك عقارا واحدا لمشتريين متعددين على الشيوع ، لم تجز الشفعة إلا في العقار بتمامه حتى لا تتفرق الصفقة ، وهذا بخلاف ما إذا كان كل من المشتريين قد اشترى

(١) وقد يكون العقار مقسوما بين الشريكين ، فيستقل كل منهما بنصيبه مفرزا وبيع الإثنان نصيبهما المفرزين في عقد واحد ، فلا يكون للشفيع أن يأخذ بالشفعة إلا النصيب المجاور ، وليس له أن يأخذ النصيبين معا بحجة عدم التجزئة . وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأنه إذا باع الشريكان عقارا وكان قد قسم بينهما بمقتضى حكم قبل حصول البيع بمدة ، فعقد البيع يعتبر مشتملا على بيع عقارين مستقلين لكل منهما مالك خاص . وعلى ذلك فليس للشفيع الحق في الأخذ بالشفعة إلا في الجزء المجاور له ، ولا يحق له أن يأخذ جميع العقار بحجة عدم التجزئة ، لأن هذه التجزئة موجودة فعلا بسبب القسمة قبل البيع ، ولأن مبدأ عدم التجزئة إنما وضع لمصلحة المشتري وليس لمصلحة الشفيع (استئناف مصر ٤ يونيو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٤٤ ص ٣٦٩) .

(٢) وإذا كان العقار المشفوع فيه أرضا زراعية أقيم فيها بناء ، فليس للشفيع أن يقتصر في طلب الشفعة على الأرض دون البناء بدعوى أنه غير محتاج له ، كما أنه يتعين على الشفيع أن يشفع في الأرض بما تشتمل عليه من ملحقات إذا دخلت هذه الملحقات في عقد البيع (استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٩١ - ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٤) .

(٣) أما إذا باع المالك عقاره لمشتري واحد ، فيدعي أن الشفيع لا يستطيع أن يجزئ الصفقة فيأخذ بعض العقار دون أن يأخذ الباقي .

(٤) وهناك فرض ثالث هو أن يتعدد الشفعاء ، فيتعين على كل منهم أن يطلب الشفعة في كل المبيع حتى لا تتفرق الصفقة . وسنعرض لهذا الفرض عند الكلام في تعدد الشفعاء وتزاحمهم ، إذ هناك هو المكان الأنسب لبحثه .

جزءاً مفرزاً من العقار في صفقة مستقلة ولو في عقد واحد مع سائر المشترين ، فقد قدمنا أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة من بعض المشترين دون بعض . وقد كانت المادة ١١ من قانون الشفعة السابق تنص صراحة على هذا الحكم إذ تقول : « إذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعاً بينهم ، فلا تجوز الشفعة إلا فيه بتمامه . أما إذا عينت في العقد حصة كل منهم مفروزة ، كان للشفيع الحق في طلب أخذه بتمامه ، أو أخذ حصة واحدة أو أكثر مع مراعاة القواعد المقررة لطلب الأخذ بالشفعة » . فالمناط في وحدة الصفقة وتعددتها يكون إذن ببيع العقار لمشتريين متعددين على الشيوع فتكون الصفقة واحدة ولا يجوز تفريقها ^(١) ، أو ببيع العقار أجزاء مفرزة لمشتريين متعددين لكل منهم جزء مفرز معين فتكون الصفقة متعددة ويجوز الأخذ بالشفعة في بعض الصفقات دون بعض . وإذا كانت المادة ١١ من قانون الشفعة السابق لم تنقل إلى نصوص التقنين المدني الجديد . فانه يصح مع ذلك الأخذ بحكمها ، إذ هو حكم لا ينحرف عن المبادئ العامة ، فضلاً عن أنه كان مطبقاً منذ زمن طويل فاستقر في عرف التعامل ^(٢) . وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لهذا الحكم ، بأن المادة ١١ من قانون الشفعة القديم تقضي بأنه إذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعاً بينهم ، فلا تجوز الشفعة إلا فيه بتمامه . وهذا يفيد بداهة أن الشفيع إذا رغب في استعمال حقه في أخذ كل العقار المبيع بالشفعة . وجب عليه أن يوجه الدعوى بها إلى

(١) ويشترط في ذلك بيع العقار بأكمله لمشتريين متعددين على الشيوع ، فإذا بيعت حصة شائعة من العقار لمشتريين متعددين على الشيوع ، امتنع تطبيق الفقرة الأولى من المادة ١١ من قانون الشفعة ، وجاز للشفيع الأخذ بالشفعة في نصيب أحد هؤلاء المشترين دون أنصبة الباقين ، ولا يكون في هذا تفريق للصفقة لأنها مفرقة من الأصل . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن مناط تطبيق المادة ١١ من قانون الشفعة أن يكون المبيع عقاراً بتمامه لعدة مشترين ، فإذا كان المبيع جزءاً شائعاً في عقار لعدة مشترين ، امتنع تطبيق الفقرة الأولى من المادة المذكورة ، ووجب الرجوع إلى القواعد العامة . وهي تجيز الشفعة في بيع كل حصة شائعة ، متى توافرت أسباب الشفعة فيها . فإذا كان الحكم قد أسقط حق الشفيع قبل أحد المشترين استناداً إلى الفقرة الأولى من المادة ١١ سالفة الذكر مع أن المبيع كان جزءاً شائعاً فإنه يكون قد خالف القانون (نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٢ ص ١٤٤) .

(٢) أنظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢١٦ ص ٣٨٩ .

جميع المشترين حتى تتم عملية التحويل في مواجهة جميع أطرافها . ولا يعفيه من ذلك طعنه بصورية عقد أحد هؤلاء المشترين ، بحجة أن إدخاله في عقد الشراء كان إجراءً صورياً قصد به إسقاط حقه في الشفعة (١) .

وإذا بيع عقار واحد لمشتريين متعددين على الشيوع ، وكان أحد هؤلاء المشترين من أصول البائع أو من فروعه أو من أقاربه لغاية الدرجة الرابعة أو من أصهاره لغاية الدرجة الثانية فلا يجوز الأخذ منه بالشفعة كما سيجيء ، فإن الشفعة تبطل بالنسبة إلى سائر المشترين . ذلك بأن الشفع يتحتم عليه في هذه الحالة أن يشفع في العقار بتمامه حتى لا تتفرق الصفقة كما قدمنا ، وهو لا يستطيع أن يشفع في حصة المشتري الذي لا يجوز الأخذ منه بالشفعة ، وعلى ذلك لا يستطيع أن يشفع في العقار بتمامه ، فتسقط شفيعته بالنسبة إلى جميع المشترين (٢) . وذلك ما لم يطعن بالصورية في عقد المشتري الذي لا يجوز الأخذ منه بالشفعة على اعتبار أنه قد أقحم بين المشترين بعقد صوري تحايلاً لمنع الأخذ بالشفعة ، فيجوز عندئذ إذا أثبت الشفع صورية هذا العقد أن يأخذ بالشفعة في كل العقار . ولكن يتعين عليه عند طلب الشفعة أن يوجه الطلب إلى المشتري الصوري ، وأن يدخله خصماً في دعوى الشفعة حتى يثبت في مواجهته صورية عقده ، وبهذا قضت محكمة النقض في الحكم الذي سبق ذكره (٣) . وقد يتحايّل البائع لمنع الأخذ بالشفعة من طريق آخر ، فيكون قصده أن يبيع العقار كله لمشتري واحد أو لمشتريين متعددين على الشيوع ، ولكنه يعمد إلى فصل جزء صغير من هذا العقار هو الذي يلاصق العقار المشفوع به ، فيبيعه مفرزاً يباع صورياً لشخص آخر ، حتى يفصل بذلك الجزء الأكبر من العقار المبيع عن العقار المشفوع به فيمنع الأخذ بالشفعة . فإذا أثبت الشفع ذلك ، كان له أن يأخذ كل العقار بالشفعة ، ويفوت على البائع غرضه غير المشروع (٤) .

(١) نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤ .

(٢) سواهج الجزئية ٢٧ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١٢٨ ص ١٨١ - إسنا ١٣ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٩٢ ص ١٦٠ .

(٣) نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤ ، وهو الحكم السابق الإشارة إليه .

(٤) استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨٤ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢١٦ ص ٣٩٠ - وسنعود إلى هذه المسألة (أنظر ما يلي فقرة ١٨٥) .

ب - وفي فرض تعدد العقارات المبيعة مع وحدة المشتري ، إذا باع المالك عقارات متعددة لمشتري واحد في صفقة واحدة وبشمن واحد ، وجب التمييز بين حالتين : (١) أن تتوافر في هذه العقارات جميعا شروط الأخذ بالشفعة ، وفي هذه الحالة يجب على الشفيع أن يطلب أخذ العقارات جميعا بالشفعة لتوافر شروطها في كل العقارات ، ولأن الصفقة واحدة فلا يجوز تفريقها على المشتري . ومما يؤكده وحدة الصفقة أن تكون العقارات المتعددة متصلة بعضها ببعض (١) ، أو إذا كانت منفصلة أن تكون مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة بحيث إن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى بعض منها يجعل الباقي غير صالح لما أعد له من الانتفاع (٢) . وإذا أراد الشفيع أن يقتصر في الأخذ بالشفعة على بعض

= وكما يتعدد المشترون على الشيوع ، قد يتعدد البائعون على الشيوع فيبيعون عقاراً شائعاً بينهم لمشتري واحد ، فتعتبر الصفقة في هذه الحالة صفقة واحدة ولا يجوز تفريقها . ومن ثم لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة حصة أحد البائعين الشائعة وحدها ، بل يجب أن يأخذ بالشفعة العقار بتمامه (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٩٦ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٨٠) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا شمل البيع عقارات متعددة في ذات العقد ، وكانت منفصلة بعضها عن بعض جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة ما توافرت له فيها أسبابها دون العقارات الأخرى التي لا يستفيع أن يشفع فيها لو أنها بيعت مستقلة . أما إذا كانت العقارات المبيعة متصلة ، فيجب على الشفيع أن يأخذها بتمامها (نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الأخذ بقاعدة عدم جواز تجزئة العقار المطلوب أخذه بالشفعة محله أن يكون المبيع عقاراً واحداً أو عقارات متعددة متصلة أي متلاصقة ، أو منفصلة بشرط أن تكون مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة بحيث إن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى جزء منها يجعل الباقي غير صالح لما أعد له من الانتفاع (نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٠ ص ٦١٥ - ١٤ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٩ ص ٥٢ - الاسكندرية الكلية الوطنية ١١ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٣٩ ص ٥٤٤ - استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٦) .

ومثل العقارات المنفصلة المخصصة لعمل واحد مبنى خصص ليكون مدرسة ، وعلى بعد منه قطعة أرض فضاء منفصلة عنه خصصت لتكون ساحة للألعاب الرياضية لتلاميذ هذه المدرسة . ومثل العقارات المنفصلة المخصصة لطريقة استغلال واحدة أراض زراعية منفصلة بعضها عن بعض . ولكن خصصت كلها لزراعة القصب لتوريده إلى مصنع للسكر (أنظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٣٩ ص ٢٣٣ - عبد المنعم قرع الصدة فقرة ٣١١ ص ٤٦٦) . وعلى كل حال يجب ترك البت في أن الصفقة واحدة أو متعددة لتقدير قاضي الموضوع ، فيقضى في ذلك بناء على أسباب سائفة ، مستهديا بالظروف الخاصة بكل صفقة وبما يحيطها من ملابسات .

العقارات دون بعض ، فلا بد أن يكون ذلك بموافقة المشتري ، فهو وحده الحكم فيما إذا كان تفريق الصفقة يضر به أو أنه يرضاه ليتمكن بذلك من أن يستبقى بعض العقارات لقيام مصلحة له في ذلك . (٢) أن تتوافر شروط الأخذ بالشفعة في بعض العقارات دون بعض آخر ، وفي هذه الحالة يبدأ الشفيع بأن يطلب الأخذ بالشفعة في العقار أو العقارات التي تتوافر فيها الشروط (١) . ولما كان قد حدد في الغالب ثمن واحد لجميع العقارات ، فإن قيمة العقارات التي يطلب الشفيع أخذها بالشفعة تقدر بواسطة خبير بنسبة من هذا الثمن الواحد تتفق مع مساحة هذه العقارات وصقعه بالنسبة إلى باقي العقارات (٢) . ولكن يجوز للمشتري ، إذا رأى أن تفريق الصفقة على هذا الوجه يضر به ، أن يتمسك بأن يأخذ الشفيع بالشفعة كل العقارات ، ما توافرت فيه شروط الشفعة وما لم تتوافر ، وذلك حتى لا تتجزأ عليه الصفقة . وحينئذ يتعين على الشفيع أن يأخذ كل العقارات بالشفعة حتى ما لم تتوافر فيه الشروط ، أو أن يتركها جميعاً حتى ما توافرت فيه الشروط . وقد جرى القضاء على هذا المبدأ في أحكام متعددة (٣)

(١) نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ - ٧ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٧ ص ٢١٤ .

(٢) استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٩٥٤ الاستقلال ٣ رقم ٥ ص ٢٦ (إذا كانت الأرض المشفوع فيها قد بيعت صفقة واحدة مع كونها مؤلفة من عدة قطع متفاوتة الأثمان ، وعرض الشفيع نسبة من الثمن الإجمالي الوارد في عقد البيع ، وجب على المحكمة أن تعين خبيراً لتقدير قيمة القطعة المشفوع فيها ، وإذا رأت المحكمة لياقة العرض تعين عليها اعتبار صحة) - استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٥٠ م ١٢ ص ٦٢ - ٢١ يناير سنة ١٩٥١ م ١٣ ص ٣٠٩ (إذا كان ثمن القطعة الخاضعة لحق الشفعة قد زيد زيادة جسيمة وأنقص ثمن القطعة الأخرى غير الخاضعة لحق الشفعة من غير أن يزداد ثمن البيع الإجمالي ، وذلك بقصد منع استعمال حق الشفعة ، فإن للقاضي أن يعين الثمن الحقيقي للقطعة الخاضعة لحق الشفعة) - ٥ ديسمبر سنة ١٩٥١ م ١٤ ص ٣٣ - ١٠ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٤ .

(٣) نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٠ ص ٦١٥ - استئناف مصر ١٢ يونيو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٦٣ ص ٩٣٠ (علم جواز تجزئة الصفقة ليس معناه أن يكون للشفيع حق الشفعة في جميع الصفقة بما فيها العقار الذي لا شفعة له فيه أصلاً ، وإنما معنى ذلك أن للمشفوع منه أن يلزم الشفيع بذلك إذا شاء ، وإلا كان حق الشفيع مقصوراً على العقار الذي له حق الشفعة فيه وحده) - استئناف مصر ٤ يونيو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٤٤ ص ٣٦٩ - طنطا الكلية ١٦ نوفمبر سنة ١٩٥١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٣٦ ص ١٠٨ - الاسكندرية الكلية الوطنية ١١ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٣٩ ص ٥٤٤ - استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩٥٦ م ١٨ ص ١٨٦ .

على أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد كان يتضمن نصا يقضى بغير هذا الحكم ، فقد كانت المادة ١٣٨٥ من هذا المشروع تنص على أنه :
 « ١ - لا شفعة إن شمل البيع في نفس الوقت وبشمن واحد ، غير الحق الذى يجوز أخذه بالشفعة ، حقوقا أخرى لا شفعة فيها . ٢ - إلا أنه إذا كان يملك المنفعة أو الرقبة أشخاص متعددون ويبيع كل الرقبة أو كل المنفعة ، جاز لهؤلاء الأشخاص أن يطلبوا الأخذ بالشفعة مجتمعين » . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « هذا النص حل محل المادة ١١ من قانون الشفعة الحالى (السابق) . وهو يفرض أن المشتري قد اشترى ، صفقة واحدة وبشمن واحد ، العقار الذى يمكن أخذه بالشفعة مع عقارات أخرى لا شفعة فيها . ففي هذه الحالة لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة لا العقار الذى توافرت فيه شروط الشفعة حتى لا تتجزأ الصفقة ، ولا العقارات جميعا لأن منها عقارات لا شفعة فيها . ويستدرك النص في حالتين : (١) إذا كان يملك المنفعة أشخاص متعددون ويبيع الرقبة كلها ، فإن أحدا من المتفعين لا يستطيع أن يشفع وحده في الجزء من الرقبة الذى يقابل حق انتفاعه حتى لا تتجزأ الصفقة ، كما لا يستطيع أن يشفع وحده في كل الرقبة لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائها . ولكن يجوز للمتفعين مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة في الرقبة كلها ، لأن الصفقة في هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من الرقبة مشفوع

= وإذا عرض المشتري أن يأخذ الشفيع ببقية العقارات التى لم تتوافر فيها شروط الشفعة فأجابه الشفيع إلى ذلك ، كان أخذ الشفيع لهذه البقية صفقة مستقلة تقوم على التراضى . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى للشفيع بأحقية في أخذ جزء من الأطنان المبيعة بالشفعة ، كما قضى بأحقية أيضا في أخذ باقى الشفعة وذلك قبولا لما رددته المشتري في دفاعه أمام محكمة الموضوع من تضرر لترك باقى الصفقة تحت يده رغم ضعفها وصعوبة استقلالها ، واستجابة لما أظهره الشفيع من استعداد لأخذ هذا الباقي رفعا للضرر عن المشتري ، فإن التكييف الصحيح لذلك هو أن الطرفين قد تراضيا على أخذ الشفيع لباقى الصفقة ، إذ ثبت من جهة حقه في أخذ الجزء المشفوع فيه بالشفعة وثبت من جهة أخرى إصابة المشتري بأضرار من تخلف الجزء الباقي في يده . ففى كان الحكم قد أثبت قيام الأسس التى بنى عليها هذا التراضى ، فإنه لا يكون قد أخطأ إذا عمل أثره وقضى للشفيع بأخذ باقى الصفقة رفعا للضرر الذى شكاه منه المشتري . ولا يغير من ذلك أن يكون المشتري قد اعترض أمام محكمة الموضوع على ما أبداه الشفيع من أخذ باقى الأطنان بأنه طلب جديد للشفعة لم تتوافر شروطه ومواعيده (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٧ ص ٢١٤) .

فيه . (ب) إذا كان يملك الرقبة أشخاص متعددون وبيع حق المنفعة كله ، فإن أحدا من أصحاب الرقبة لا يستطيع أن يشفع وحده في الجزء من حق المنفعة الذي يقابل ما يملك من الرقبة حتى لا تتجزأ الصفقة ، كما لا يستطيع أن يشفع وحده في حق المنفعة كله لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائه . ولكن يجوز لأصحاب الرقبة مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة في حق المنفعة كله ، لأن الصفقة في هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من حق المنفعة مشفوع فيه . وقد اجتاز هذا النص مراحله التشريعية ، حتى وصل إلى لجنة مجلس الشيوخ . وفي هذه اللجنة لوحظ أن الحكم الوارد في الفقرة الأولى يخالف ما جرى عليه العمل ، وبعد مناقشة انقسمت اللجنة إلى رأيين ، الأول يذهب إلى جواز تجزئة الصفقة والأخذ بالشفعة في العقار الذي توافرت فيه شروطها ، والثاني يذهب إلى عدم جواز الشفعة إلا في الصفقة كلها . وانتهت اللجنة إلى حذف المادة ، وترك حكمها لاجتهاد القضاء (١) . ويتبين مما قدمناه أن النص الذي كان وارداً في المشروع التمهيدى ، والذي كان يقضى بعدم جواز الشفعة أصلاً ، سواء في العقارات التي لا تتوافر فيها شروط الشفعة أو العقارات التي تتوافر فيها هذه الشروط ، يخالف ما جرى به العمل ، ولم يقدر له أن يكون تشريعاً ، بل ترك الأمر لاجتهاد القضاء . لذلك لا يجوز الأخذ بحكم هذا النص (٢) ، لا سيما بعد أن بدأ أن الميل متجه إلى العمل بما سار عليه القضاء . وقد قدمنا أن الرأي الذي نقول به - وهو جواز الأخذ بالشفعة في العقارات التي توافرت فيها شروطها وذلك ما لم يتمسك المشتري بعدم تفريق الصفقة عليه فيتحم عندئذ أن يأخذ الشفيع جميع العقارات - هو الرأي الذي يتمشى مع ما يسير عليه القضاء في هذه المسألة . ولا يجوز الاعتراض على هذا الرأي بما قيل من أن الشركات العقارية تتضرر منه إذا اشترت شركة منها حصة

(١) أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٨٩ - ص ٣٩٢ في الهامش .

(٢) أنظر في هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٩ وفقرة ٣٨١ - شفيق شحاتة

فقرة ٢٦٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠٦ - وانظر عكس ذلك والأخذ بحكم هذا النص محمد

على عرفة ٢ فقرة ٢١٨ ص ٣٩٣ - ص ٣٩٤ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٥٩ - إسماعيل

غانم ص ٨٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١١ ص ٤٦٦ - ص ٤٦٧ - منصور مصطفى

منصور فقرة ١٤٣ ص ٣٤٠ - ص ٣٤١ .

عقارات بقصد تقسيمها ، وتصادف أن كان منها عقار يجوز فيه الأخذ بالشفعة فيحبط الشفيع مشروع الشركة (١) ، ذلك بأن الشفيع في هذه الحالة لا يستطيع أن يأخذ بالشفعة إلا العقار الذي توافرت فيه شروطها دون غيره من العقارات ، ويسلم للشركة بعد ذلك ما بقي من العقارات فتتمكن من القيام بمشروعها (٢) . وإذا بيعت العقارات المتعددة لمشتري واحد ، ولكن في صفقات متعددة ، كأن كانت العقارات منفصلة بعضها عن بعض ولم تكن مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة ، فلا مجال في هذه الحالة لتطبيق مبدأ عدم تجزئة الشفعة ، لأن الصفقات متعددة ومبدأ عدم التجزئة لا يسرى إلا في حالة وحدة الصفقة . وعلى ذلك يجوز للشفيع في هذه الحالة أن يأخذ بالشفعة العقار أو العقارات التي توافرت فيها شروطها ، ولا يعترض عليه في ذلك أنه يجزئ الصفقة لأن الصفقات كانت متعددة من مبدأ الأمر ، وهو لا يأخذ بالشفعة إلا في صفقة واحدة لم يجزئها . ولا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة العقار أو العقارات التي لم تتوافر فيها الشروط إذ أن الحق في الأخذ بالشفعة في هذه العقارات منعدم ، كما لا يجوز للمشتري أن يجبر الشفيع على الأخذ بالشفعة في هذه العقارات لأنه لا يستطيع أن يستند في ذلك إلى مبدأ عدم التجزئة فهو غير منطبق لتعدد الصفقات (٣) .

ويقرب ما قررناه ، فيما تقدم ، من أحكام الفقه الإسلامي . فعند أبي حنيفة ومالك والشافعي أنه إذا تعدد المبيع ، بأن اشترى شخص دارين بعقد واحد ، وتوافر في كل من الدارين شروط الأخذ بالشفعة ، لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ الدارين جميعا بالشفعة ، وليس له أخذ أحدهما وترك الأخرى لما في ذلك من تفريق الصفقة على المشتري . أما إذا تعدد العقد ، أو كانت

(١) أنظر في هذا الاعتراض محمد على عرفة ٢ فقره ٢١٨ ص ٣٩٣ - وانظر أيضا في هذا الاعتراض مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدقي في محضر جلسة ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٧ في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٨ في الهامش .

(٢) ويحسن في هذا الفرض ترك الأمر لتقدير القاضي ، فإذا رأى أن الأخذ بالشفعة للعقار الذي توافرت فيه الشروط من شأنه أن يعطل مشروعا اقتصاديا كبير النفع ، فله أن يرفض طلب الشفيع .

(٣) أنظر في هذا المعنى نقض مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم

شروط الشفعة لا تتوافر إلا في إحدى الدارين ، كان للشفيع في الحالة الأولى أخذ أحد الدارين دون الأخرى بالشفعة لأن الصفقة كانت متفرقة منذ البداية لتعدد العقد ، وكان له في الحالة الثانية أخذ الدار التي توافرت فيها شروط الأخذ بالشفعة دون الأخرى لأنه لا يشفع إلا فيها .

هذا ونحن فيما قدمناه إنما نقف عند المسائل الرئيسية لمبدأ عدم قابلية الشفعة للتجزئة ، دون الخوض في التفاصيل التي تباينت فيها الآراء واحتدمت في شأنها المناقشات^(١) ، وهي تفاصيل يحسن تركها لاجتهاد القضاء كما قررت لجنة مجلس الشيوخ ، فيستهدى القضاء في كل حالة بالظروف الخاصة بها وبما يحيطها من ملائسات .

١٧٠ - لا تجوز الشفعة إلا في عقد البيع : كان التقنين المدني السابق

يجيز الشفعة في البيع وفي المقايضة ، فكانت المادة ٧٠ / ٩٦ منه تنص على أنه « لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا ممن تملك بغير المبايعة أو المعاوضة » . ولما كان الشفيع يأخذ العقار المشفوع فيه بثمنه والتمن لا يوجد إلا في البيع ، ولو أخذ في المقايضة لتعين أن يأخذ العقار بقيمته إذ لا تمن في المقايضة ، ولتعين إجبار المالك على تقاضي قيمة العقار الذي قايس به بدلا من العين التي قايس عليها ، وهو إنما أراد بالمقايضة هذه العين بالذات ، لذلك كان من المناسب ألا تجوز الشفعة في المقايضة . وألا تجوز إلا في البيع . وهذا ما حققه قانون الشفعة السابق ، إذ نص في المادة ٥ منه على أنه « لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ، ولا ممن تملك بغير المبايعة » . وقد سار التقنين المدني الجديد على هذا النهج ، إذ تعرف المادة ٩٣٥ مدني ، كما رأينا ، الشفعة بأنها « رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري . . . » ، ثم إن جميع نصوص الشفعة إنما تتكلم عن البائع والمشتري على أساس أن الشفعة لا تجوز إلا في البيع .

فلا بد إذن من عقد بيع يصدر من مالك العقار المشفوع فيه إلى المشتري المشفوع منه ، حتى يجوز الأخذ بالشفعة . وعقد البيع تصرف قانوني صادر

(١) أنظر ما دار من مناقشات طويلة في هذا الشأن في لجنة الأستاذ كامل صدق في محضر جلستي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٧ و ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٧ في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٦ - ص ٣٥٠ في الهامش .

من الجانبين وناقل للملكية بعوض . فاذا انتقلت ملكية العقار بغير تصرف قانوني ، كالميراث والالتصاق والتقدم ، فلا شفعة . ولا شفعة أيضا إذا انتقلت ملكية العقار بتصرف قانوني صادر من جانب واحد كالوصية . وحتى لو كان التصرف القانوني صادرا من الجانبين ، أى كان عقدا ، فلا بد أن يكون عقد معاوضة ، فالهبة لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة^(١) ، حتى لو كانت بعوض ما دامت هبة حقيقية^(٢) . فاذا كانت حقيقة الهبة بعوض أنها بيع أخفى تحت

(١) استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٤٧ .

(٢) وذلك لأن الواهب إنما وهب ، ورضى بالتجرد عن ملكه دون مقابل لاعتبارات شخصية في الموهوب له لا تتوافر في الشفيع ، فلا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في الهبة ، ولو بقيمة العقار الموهوب .

كذلك لا يؤخذ بالشفعة في عقد اختلطت فيه الهبة بالبيع ، كيبيع يحصل بنصف القيمة لاعتبارات شخصية راعاها البائع في المشتري (استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٨٩ - ٤ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٨٨) . ولاشفعة في بيع صدر من الحكومة عن أرض أصلها المشتري ، فتساهلت الحكومة في الثمن تساهلا كبيرا (استئناف مصر ١٩ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٤٣٢ ص ٥١٩ - وانظر عكس ذلك استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٧٣٨ ص ٩٥٩) . وقد قضى في هذا المعنى بأن البيع الصادر من مصلحة الأملاك لصغار المزارعين ، إذا توافرت في طالب الشراء شروط معينة منها قيامه بإصلاح الأرض المتصرف له فيها أو استجاره لها مدة طويلة ، وبقصد توفير أسباب العيش لصغار المزارعين ، هو عقد تختلط فيه الهبة بالبيع ، وقد روعي في تقدير الثمن فيه اعتبارات تتعلق بشخصية المشتري ، وقصد به تحقيق مصالح عليا اجتماعية وسياسية ، ومن ثم يتنافى القضاء بالشفعة في مثل هذا البيع مع طبيعة العقد ، ويكون فيه تفويت للأغراض المقصودة من البيع (نقض مدني ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٨٥ ص ٥٦١ - ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣١ ص ٢٣٠ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٠٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٢٨ ص ٤٥٧ - إسماعيل غانم ص ٨٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٨ ص ٣٣١ - ٣٣٢ - حسن كيرة ص ١٥ - وقارن محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٦١ ص ٤٤٩) . وقضى أيضا في هذا المعنى بالا شفعة فيما تنزل عنه الحكومة من أملاكها الخاصة لموظفيها السابقين ، بدلا عما يستحقونه من المعاش (استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٦ - أنظر عكس ذلك محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٦٦) . وقريب من هذا ما تعهدت به الحكومة ، نتيجة لتدخلها طبقا للمرسوم بقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٣١ لصيانة الثروة الزراعية ، من رد الأراضي التي رسا مزادها عليها لأصحابها . فقد أوجبت الحكومة على نفسها ، طبقا لقرار مجلس الوزراء الصادر في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ ، أن ترد لكل مالك ملكه بمجرد طلبه ذلك في مدى خمس سنوات ، في مقابل رد الثمن الذي رسا به مزاد الأرض . وقد قضت محكمة النقض بأن رد الأرض إلى صاحبها بموجب القرار =

ستار الهبة ، وسمى الثمن عوضا ، فالعبرة بحقيقة العقد وبأنه بيع ، فتجوز فيه الشفعة (١) . ويأخذ الشفيع العقار بالعوض المذكور في العقد ، إلا إذا ثبت أنه دون الثمن الحقيقي المتفق عليه ، وأنه إنما ذكر في العقد ناقصا عن الثمن الحقيقي لإحكام ستر البيع وإلباسه ثوب الهبة بعوض ، فعندئذ يأخذ الشفيع العقار بالثمن الحقيقي لا بالعوض المذكور في العقد (٢) . وعلى العكس من ذلك إذا كان البيع هو الذى يستر الهبة ، كما هو الغالب ، لم يجز الأخذ فيه بالشفعة ، ويحتج على الشفيع بالعقد الحقيقي دون العقد الظاهر لأنه ليس من الغير في الصورية كما سيجىء . وعلى ذلك لا يجوز الأخذ بالشفعة في الهبة المستترة في صورة بيع (٣) . وقد يتحايل البائع والمشتري لمنع الأخذ بالشفعة ، فيهب

= سالف الذكر لا يعتبر بيعا تجوز فيه الشفعة، ويمكن اعتبار صاحب الأرض مالكا لم يتجرد عن ملكيته منذ نزلت منه إلى يوم أن استردها من الحكومة إذ هو في حكم البائع للقدر الذى رسا مزاده على الحكومة ، واسترداده للأرض يكون بمثابة تقايل من هذا البيع وفسخ له ، ولا يبر بيعا جديداً تجوز فيه الشفعة (نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨١ ص ١٧٦) . أما إذا تنازل صاحب الأرض عن حقه في استرداده لأرضه إلى شخص آخر ، وقبلت الحكومة هذا التنازل وتصرفت بمقتضاه في الأرض للتنازل إليه ، فإن هذا التصرف الذى من شأنه أن يحدث للتنازل إليه ملكية لم تكن له من قبل يكون بيعا ، وتجوز فيه الشفعة (نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٤ ص ١٦١) - أنظر في هذه المسألة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٣ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٥ .

(١) وللشفيع أن يثبت بجميع طرق الإثبات ، وتدخل في ذلك القرائن ، أن حقيقة الهبة أنها بيع (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٦ ص ٢٩٣) .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٤ - ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٩ - على زكى العرابى ص ١٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٥ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا تصح الشفعة في العين الموهوبة ، ولو وصفت في العقد بالبيع (استئناف وطنى أول ديسمبر سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ رقم ٨١ ص ٣٨٢) . وقضت محكمة مصر الوطنية بأنه يجوز اعتبار عقود البيع عقود هبة إذا ساعدت ظروف الأحوال على ذلك ، كما إذا صدر البيع من أب لابنه بثمان زهيد ، وحيث لا يصح استعمال حق الشفعة لأنه لا يترتب على الهبة (مصر استئنافى ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ٦٦) - وانظر استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٣ - ٤ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٨٨ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٨٩ . وليس ضروريا ، في الأخذ بالقرائن دليلا على أن حقيقة البيع هبة مستترة فلا تجوز فيها الشفعة ، أن يؤخذ في ذلك بالقرابة أو المصاهرة بين البائع والمشتري فإن هذه العلاقة لا يتحتم معها أن يكون البيع هبة مستترة ، ولا بقله الثمن المذكور في =

البائع للمشتري جزءاً صغيراً مقتطعاً من الأرض المباعة يكون هو الجزء الملاصق لأرض الشفع ، فيحول هذا الشريط من الأرض دون تحقق الجوار بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وذلك حتى يمكن الاحتجاج على الشفع بأنه لا يستطيع أخذ العقار بالشفعة لعدم تحقق الجوار ، بل ولا أخذ هذا الشريط من الأرض بالشفعة لأنه محل لعقد هبة لا لعقد بيع . وفي هذه الحالة يجوز للشفع أن يثبت ، بجميع طرق الإثبات ، أن الهبة صورية وقد قصد بها التحايل لمنع الأخذ بالشفعة . فيأخذ بالشفعة كل العقار ، ويدخل فيه قطعة الأرض الموهوبة ، بالثمن المسمى في عقد البيع الواقع على بقية العقار ، على اعتبار أن حقيقة التعامل هو بيع واقع على كل العقار بالثمن المسمى في عقد البيع (١) .

فاذا وجد عقد معاوضة ناقل للملكية (٢) ، فلا يؤخذ فيه بالشفعة إلا إذا

=العقد فقد يكون القصد من ذلك التخفيف من مصروفات التسجيل (استئناف وطني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ - مصر استئنافي ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ٦٦ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٩٦ ص ٢٩٤) .

وقد نصت المادة ٢٤٤ من قانون الملكية العقارية اللبناني (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أنه «لا يستعمل حق الشفعة إلا بوجه المشتري أو بوجه الموهوب له بعوض . وفي الحالة الأخيرة يكون حق الشفعة معرضاً لأسباب البطلان والإبطال والإلغاء نفسها الجارية على الهبة ذاتها - لا تسمح دعوى الشفعة في المقايضة العقارية ، وفي البيع الحاصل بين الزوجين أو الأصول والفروع أو الإخوة والأخوات » .

(١) على زكي العراقي فقرة ١٤ ص ١٣ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٩٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٨ ص ٣٣٠ - هذا وإذا كان لا يجوز في الهبة الأخذ بالشفعة ، فإنه يجوز لمن تملك العقار المشفوع به بعقده من المالك الذي باع بعد ذلك عقاراً آخر أن يأخذ هذا العقار الآخر بالشفعة ، ولا يمنعه من ذلك أن العقار المشفوع به موهوب له من نفس المالك البائع ، وذلك ما لم يشترط هذا الأخير على الموهوب له النزول عن حقه في الأخذ بالشفعة (محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٩٧) .

(٢) فلا يجوز الأخذ بالشفعة في عقد القسمة ، لأن القسمة كاشفة عن الملكية لا ناقل لها (استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٤٧ - ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤٠٩) . وهذا هو أيضاً الحكم في الفقه الإسلامي ، فقد جاء في المادة ١١٤ من مرشد الجيران : « لا تجرى الشفعة في القسمة ، فإذا قسمت دار أو أرض مشتركة بين اثنين فلا يكون الجار شفعياً فيها » . وجاء في الفتاوى الهندية (جزء ٥ ص ١٦٤) : « إذا اقتسم الشركاء العقار ، فلا شفعة لجارهم بالقسمة ، سواء كانت القسمة بقضاء القاضي أو بغير قضائه » .

كان عقد بيع (١) . فالمقايضة ، ولو كانت بمعدل ، لا يؤخذ فيها بالشفعة (٢) ، إلا إذا كان المعدل كبيرا يفوق بكثير قيمة البدل بحيث يستخلص أن حقيقة المقايضة هي أنها عقد بيع استتر في صورة مقايضة . فتكون العبرة في هذه الحالة بالعقد الحقيقي وهو بيع ، فيجوز الأخذ فيه بالشفعة (٣) . ولا يجوز الأخذ بالشفعة في الشركة ، إذا كانت حصة الشريك في الشركة عقارا ، فلا يؤخذ هذا العقار بالشفعة من الشركة ولو أعطاه الشفيع قيمته ، لأن الشركة إنما تعاقدت مع الشريك على هذا العقار بالذات وقد لا ترضى بقيمته بديلا عنه إذ قد يخل ذلك بأغراضها من تملك العقار (٤) . ولا تجوز الشفعة

= كذلك لا شفعة في الصلح ، لأنه كاشف عن الملك لا ناقل له ، ولأن الصلح يتنافى مع الشفعة فهو يستلزم من المتصلحين واجبات شخصية لا يمكن للشفيع القيام بها فيتعذر عليه أن يقوم مقام المشفوع منه في جميع الحقوق والواجبات (استئناف وطني ٢٥ أبريل سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢٦ ص ٦١ - بني سويف الكلية ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ١١ رقم ٣٢١ ص ٦٤٥ - استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٠٣) - وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان كل من المتعاقدين قد ترك جزءا من حقوقه على وجه التقابل حسب النزاع الحاصل بينهما ، فهذا العقد صلح طبقا لنص القانون . ولا يصح اعتباره بيعا لكونه تضمن نقل ملكية أحد المتخاصمين إلى الآخر بشمن معين ، مادامت هذه الملكية لم تكن مستقرة لملكها بل كانت محل نزاع . والمبلغ المسمى في العقد لم يكن مقابلا لنقل الملكية المتنازع عليها ، بل كانت مقابلا لحسم النزاع ، مما تنعدم معه مقومات البيع وتظهر مقومات الصلح الذي لا تجوز فيه الشفعة ولا الاسترداد (نقض مدني ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٤ ص ٤٨٩) .

(١) ولا يجوز الأخذ بالشفعة في نزاع ملكية العقار للمنفعة العامة لأن نزاع الملكية للمنفعة العامة ليس ببيع ، ولأن الشفيع لا يستطيع أن يحل محل الدولة في تخصيص العقار للمنفعة العامة (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٦) .

(٢) استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٦ .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٣٠ ص ٤٥٩ - إسماعيل غانم ص ٣٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٣ ص ٤٤٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٨ - وقارن شفيق شحاتة فقرة ٢٦١ ص ٢٧٢ - ٢٧٣ - ويجوز للشفيع أن يثبت بجميع طرق الإثبات أن حقيقة المقايضة هي أنها عقد بيع ، لأنه ليس طرفا في عقد المقايضة حتى يمنع من إثبات عكس الثابت بالكتابة إلا بالكتابة (استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ٣٨٧ ص ٩٥٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٢ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٥٧ ص ٤٤٤) .

(٤) أنظر في أسباب أخرى لعدم جواز الشفعة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٤ - وإذا اندمجت شركة في أخرى ، فإذا كان هذا الاندماج عن طريق بيع الشركة الأولى أموالها للشركة الأخرى وكان في هذه الأموال عقارات ، جاز أخذها بالشفعة (استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٥٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٥) . وإذا كان الاندماج عن طريق بيع الشركة الأولى أسهمها للشركة الأخرى ، كان البيع واقعا على أسهم ، وهي منقولة فلا شفعة .

في الوفاء بمقابل ، إذا أعطى المدين للدائن عقارا في مقابل الدين ، لأن الوفاء بمقابل فيه معنى استيفاء الدين ، وقد لا يرضى الدائن إلا بالعقار ذاته في مقابل الوفاء بهذا الدين ، وهذا هو أيضا الحكم في الفقه الإسلامي (١) .

فاذا كان عقد المعاوضة الناقل للملكية هو عقد بيع ، جاز الأخذ فيه بالشفعة . ومع ذلك لا يؤخذ بالشفعة في عقد البيع الباطل ، لأن هذا العقد لا وجود له حتى يصح الأخذ فيه بالشفعة . كذلك لا يؤخذ بالشفعة في عقد البيع الصوري لأنه عقد لا وجود له كالعقد الباطل ، وقد قدمنا أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في الهبة المستترة في صورة بيع لأن البيع الذي يستر الهبة إنما هو عقد بيع صوري . ولا يجوز الاعتراض على ذلك بأن الشفيع يعتبر من الغير في الصورية فله أن يأخذ بالعقد الظاهر دون العقد المستتر إذا كان حسن النية ، أى يأخذ بعقد البيع الصوري وهو العقد الظاهر فيجوز له على هذا الأساس أن يأخذ بالشفعة . لا يجوز هذا الاعتراض ، لأن الشفيع ، في رأينا ، لا يعتبر من الغير في الصورية (٢) . وعلى ذلك إذا باع المالك عقاره بيعا صوريا

(١) الزيلعي ٥ ص ٢٦٠ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٠٤ .

(٢) وقد سبق أن كتبنا في الجزء الثاني من الوسيط ، في صدد تحديد الغير في الصورية بأنه هو الدائنون الشخصيون لكل من المتعاقدين طرفي الصورية والخلف الخاص لأى من هذين المتعاقدين ، ما يأتي : « ويلاحظ أيضا أن هذا الخلف الخاص قد كسب حقه من البائع أو من المشتري بسبب يفاير التصرف الصوري الصادر من البائع إلى المشتري . فالدائن المرتهن من البائع كسب حقه بعقد الرهن وهو غير البيع الصوري ، والمشتري بعقد جدى من البائع كسب حقه بعقد البيع الجدوى وهو غير البيع الصوري ، وكذلك الحال بالنسبة إلى كل من المشتري بعقد جدى من المشتري والدائن الذى ارتهن من المشتري الدار . ويترتب على ذلك أنه لا يعتبر غيراً من كسب حقه على العين محل التصرف بموجب هذا التصرف الصوري نفسه . فلو باع شخص داراً من آخر بعقد ذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي للتخفيف من رسوم التسجيل ، فإن الشفيع في هذه الدار لا يعتبر غيراً بالنسبة إلى هذا البيع ، ولا يحق له أن يتمسك بالثمن المذكور في العقد للأخذ بالشفعة ، بل يجب أن يدفع الثمن الحقيقي إذا أثبتته أى من البائع أو المشتري . ذلك أن الشفيع كسب حقه بالشفعة والشفعة سبب يدخل فيه نفس البيع الذى ذكر فيه الثمن الصوري ، فيكون قد كسب حقه بموجب العقد الصوري ، فلا يعتبر غيراً في هذا العقد . هذا إلى أنه من الواضح أن الشفيع قد حل محل المشتري في البيع ، فهو إذن ليس بخلف خاص للمشتري إذ لم يتلق منه الملكية ، وهو في الوقت ذاته بعد أن حل محل المشتري قد أصبح طرفاً مع البائع في نفس العقد الصوري فلا يصح أن يكون خلفاً خاصاً للبائع (تالياً للعقد الصوري) » (الوسيط ٢ فقرة ٦٢١ ص ١٠٩٠ - ص ١٠٩١) . والسبب في أن الشفيع كسب حقه بسبب يدخل فيه العقد الصوري =

لمشتري حرره معه ورقة ضد (contre-lettre) ، وأراد الشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة ، جاز الاحتجاج عليه بورقة الضد هذه وإن كان حسن النية ، وبأن البيع صوري لا وجود له فلا يجوز الأخذ فيه بالشفعة (١) . وعلى ذلك أيضا إذا ذكر في عقد البيع ثمن أقل من الثمن الحقيقي تخففا من رسوم التسجيل ، فالذي يسرى على الشفيع هنا هو الثمن الحقيقي ، ولا يجوز له التمسك بالثمن الصوري المنخفض لأنه ليس من الغير (٢) .

= هو ، كما سبق أن بينا ، « أن الشفعة واقعة مركبة ، اقترن فيها بيع العين المشفوعة مع الشروع أو الجوار ، وهذه واقعة مادية ، بإعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، وهذا تصرف قانوني . فيدخل إذن في تركيب الشفعة ، كسب لكسب الملكية ، البيع الذي يأخذ فيه الشفيع بالشفعة ، ويعتبر هذا البيع بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية » (الوسيط ٢ فقرة ٦٢١ ص ١٠٩١ هامش ١) .

(١) مصر الكلية أول فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٥ رقم ٦٦٥ ص ٨١٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣١ ومع ذلك أنظر فقرة ٣٣٢ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة ، على خلاف ما قدمناه ، بأنه لا يجوز التمسك على الشفيع بورقة ضد تدل على أن البيع لم يعقد إلا كتأمين لضمان دين للمشتري على البائع ، حتى إذا دفع الدين فسخ البيع (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢) . وقضت محكمة النقض ، على خلاف ما قدمناه أيضا ، بأن الشفيع يعتبر من طبقة الغير ، فتي كان عقد البيع قد شمر فلا جناح على الشفيع إن هو رفع دعواه بالشفعة على البائع الظاهر فيه (نقض مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ ص ١٣٨٤ - ١٨ أكتوبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢١٣ ص ١٥٣٠) .

(٢) ومع ذلك فقد جرى القضاء في مصر على عكس الرأي الذي نقول به . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشتري لا يجوز له رفض ما يعرضه الشفيع من الثمن الوارد في العقد بدعوى أنه أقل من الثمن الحقيقي ، إذا ثبت أن المشتري والبائع قد اتفقا على ذلك حتى ينقصا من مقدار الرسوم التي يجب دفعها للخزانة ، ومن جهة أخرى لا يجوز للبائع في هذه الحالة أن يرجع على المشتري بالفرق في الثمن (استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) . وقضت محكمة النقض بأن الشفيع ، بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة ، يعتبر من الغير بالنسبة إلى طرفي عقد البيع سبب الشفعة ، ومن ثم لا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر . وإذن فتي كان الحكم المطعون فيه ، إذ قضى للمطعون عليها الأولى بالشفعة مقابل الثمن الوارد بالعقد المسجل الصادر من الشركة البائعة إلى الطاعنين ، قد نفي بأدلة مسوقة علم المطعون عليها الأولى بأن الثمن الحقيقي يختلف عن الثمن الوارد بالعقد ، فإن النفي عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١) . وقضت محكمة النقض أيضا بأن الشفعة جائزة في الهبة المستترة في صورة البيع ، ذلك أن الشفيع ، بحكم أنه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة ، من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين =

فاذا كان عقد البيع غير باطل ولا صوري ، فهو بيع موجود ، ويجوز كما قدمنا الأخذ فيه بالشفعة . ويعتبر بيعا موجودا ، ويجوز الأخذ فيه بالشفعة ، البيع الابتدائي . ذلك أن البيع الذي يسمى عادة بالبيع الابتدائي هو بيع تام بات ، يلتزم فيه البائع بنقل الملكية وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية ، يلتزم فيه المشتري بدفع الثمن وملحقاته . وإنما سمي بالبيع الابتدائي

= المتعاقدين ، البائع والمشتري ، فله أن يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، ومن ثم لا يجوز أن يحاج بالعقد المستتر إلا إذا كان هذا العقد مسجلا أو كان هو عالما بصورية العقد الظاهر أو بوجود ورقة الضد (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦١ ص ١٠٦٣) . وانظر أيضا في هذا المعنى نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦١ ص ٤٥٢ - ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٨ ص ٧٥٦ - ٢٥ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠٤ ص ٦٣٥ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢١٧ ص ١٣٨٤ .

وبالرغم من استقرار القضاء كما نرى على أن الشفيع يعتبر من الغير ، لا يسعنا هنا إلا أن نلاحظ مرة أخرى أن الغير في الصورية إما أن يكون دائئا شخصيا لأحد طرفي العقد الصوري ، أو خلفا خاصا لأحد منهما . وظاهر أن الشفيع ليس دائئا شخصيا ، لا للبائع ولا للمشتري . وليس هو كذلك خلفا خاصا للمشتري تلقى منه حقا ، فهو إنما يتلقى ملكية العقار المشفوع فيه من البائع لا من المشتري . وليس هو أخيرا خلفا خاصا للبائع استجد بعد العقد الصوري ، فهو إنما حل محل المشتري وأصبح أحد طرفي البيع والبائع هو الطرف الآخر ، ولم يقل أحد إن أحد طرفي العقد الصوري يكون من الغير فيه . ومثل الشفيع وهو يستمد حقه من البيع الصوري فلا يعتبر من الغير فيه كمثل المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير إذا كان هذا الاشتراط صوريا ، فلا يعتبر المنتفع من الغير لأنه يستمد حقه من الاشتراط الصوري ، ولا يجوز له أن يتمسك بهذا الاشتراط على المتعهد بدعوى أنه من الغير وأنه حسن النية لا يعلم أن الاشتراط صوري .

أما الفقه المصري فهو منقسم في هذه المسألة . فهناك رأى يتمشى مع ما ذهب إليه القضاء ويقول إن الشفيع يعتبر من طبقة الغير في الصورية فله أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كان حسن النية (محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٥٨ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٢٩ - اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١١٤ ص ٢٣٧ وفي الحقوق العينية الأصلية ص ٨٨ - ص ٨٩ - حسن كيرة ص ١٣ و ص ٢٠) . وهناك رأى آخر يذهب إلى أن الشفيع لا يعتبر من طبقة الغير في الصورية (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٣٧ ص ٣٢٦ - أحمد نشأت في رسالته في الإثبات فقرة ٤٤١ مكررة ب - عبد المنعم فرج الصلدة فقرة ٣٠٦) - واكتفى بعض الفقهاء بعرض الخلاف دون أن يتخذ موقفا فيه (منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٦ ص ٢٤٩) .

لأن الالتزامات المتقدم ذكرها لا يقصد المتعاقدان تنفيذها في الحال ، بل تبقى موقوفة إلى حين تحرير العقد النهائي المعد للتسجيل والذي اتفق المتعاقدان على إبرامه في ميعاد معين . والذي يدعو المتعاقدين إلى إبرام هذا العقد الابتدائي قبل إبرام العقد النهائي يكون عادة اعتبارات عملية محضة ، فقد يريد المشتري بعد أن قيد البائع بالبيع وتقييد هو بالشراء أن يبحث عن حالة العقار ، فإذا ما رآه خاليا من التكاليف أبرم العقد النهائي ، وإلا فسخ العقد الابتدائي . وقد يريد المشتري أن يتسع له الوقت لتدبير الثمن ، فيكتفي عادة بدفع عربون حتى إذا ما دبر باقي الثمن أبرم العقد النهائي . ولكن الغالب أن الذي يدعو إلى إبرام العقد الابتدائي قبل إبرام العقد النهائي هو أن تسجيل البيع يقتضي إجراءات تستغرق مدة طويلة ، ويريد كل من الطرفين أن يقيد الآخر بعقد ابتدائي إلى أن تتم الإجراءات اللازمة للتسجيل فيبرما العقد النهائي . فالبيع الابتدائي إذن هو بيع تام ملزم للطرفين ، وإذا امتنع أحد الطرفين دون مبرر عن القيام بالتزاماته جاز للطرف الآخر إجباره على ذلك^(١) . ولما كان البيع الابتدائي ينشئ على هذا النحو كل آثار البيع ، فإن الشفعة تجوز فيه كما:

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن وصف العقد بأنه عقد ابتدائي ، أخذا بالعرف الذي جرى على إطلاق هذا الوصف على عقود البيع التي لم تراعى في تحريرها الأوضاع التي تتطلبها قانون التسجيل ، هذا الوصف لا يحول دون اعتبار البيع باتا لازما متى كانت صيغته دالة على أن كلا من طرفيه قد ألزم نفسه بالوفاء بما التزم به على وجه قطعي لا يقبل الملول (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٨ ص ٢٨٢) . وقضت محكمة النقض أيضا بأنه إذا حرر عقد ابتدائي ببيع نصيب القصر في أرض اشترط فيه أنه لا يكون نافذا إلا بعد موافقة المجلس الحسبي عليه ، ثم قرر المجلس الترخيص للوصية في بيع هذه الأرض بالشروط الواردة في العقد الابتدائي إلا فيما يتعلق بالثمن فقد رفعه إلى الحد الذي وصلت إليه المزايدة التي أمر بإجرائها تمهيدا لإقرار البيع ورست على نفس المشتري بالعقد الابتدائي ، فإن هذا القرار لا يعتبر ملغيا لهذا العقد ، وإنما هو مؤيد ومتمم له . وإذن فلا يجوز رفض دعوى الشفعة في الأرض المبيعة بمقتضى ذلك العقد ، بمقولة إنها تكون على غير أساس لزوال هذا العقد بعدم إقرار المجلس الحسبي إياه (نقض مدني ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٨ ص ٦٢٨) . وانظر أيضا نقض مدني ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٨١ ص ٥٤٠ - ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣١ ص ٢٣٠ - وانظر في المسألة الوسيط ٤ فقرة ٤١ - فقرة ٤٣ .

قدمنا وتستحق من وقت صدوره . فاذا بيع عقار بيعا ابتدائيا وكان لهذا العقار شفيع ، استطاع الشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة من وقت صدور العقد الابتدائي ، وتسرى مواعيد الشفعة من هذا الوقت (١) . وإذا أبرم البيع النهائي فسخ البيع الابتدائي ، ولكن إذا كان الشفيع قد طلب الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي ، بقي حقه في الشفعة قائما وبشروط البيع الابتدائي ، حتى بعد إبرام البيع النهائي ، وحتى لو تغيرت شروط البيع النهائي عن شروط البيع الابتدائي . ويبدو أن الشفيع ، إذا فاتته الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي ، يجوز له الأخذ بالشفعة في البيع النهائي في مواعيد هذا البيع وبشروطه . ولكن إذا هو أسقط شفيعته بعد علمه بالبيع الابتدائي ، بأن نزل عنها أو ترك المواعيد تفوت ، لم يستطع بعد ذلك الأخذ بالشفعة في البيع النهائي إلا إذا اختلفت شروطه عن شروط البيع الابتدائي ، وبخاصة إذا انقضى الثمن (٢) . وقد يقترن البيع الابتدائي بعربون ، ودفع العربون وقت إبرام العقد الابتدائي يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك (م ١/١٠٣ مدني) . فاذا اتفق المتعاقدان على أن دفع العربون هو تأكيد للعقد فلم يعد

(١) نقض مدني ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٣ ص ٥٦٦ - استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٦٢ ص ١١٤٩ - استئناف مخطوط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٧ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٩ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٤ - ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٢٧ - ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ - الوسيط ٤ فقرة ٤٢ ص ٨٣ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٣٣ .

وإذا حرر عقد ابتدائي ببيع عقار ذكرت فيه أسماء جميع الورثة كبائعين، ولم يوقع العقد إلا بعض الورثة، فالبيع يعتبر قد تم بالنسبة إلى من وقع منهم ، ويجوز لمن لم يوقع أن يأخذ في هذا البيع بالشفعة . وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان عقد البيع قد حرر باعتباره صادرا من كل الورثة عن جميع المنزل ، إلا أن كل وارث لا يبيع فيه أكثر من حصته التي يملكها . فاذا أمضى العقد أصبح مرتبطا قبل المشتري عن هذه الحصة ، ولا يجوز له أن يتحلل من هذا الارتباط بناء على امتناع باقي الشركاء عن البيع والمشتري أن يطالبه دائما بتنفيذ البيع في حصته . وإقرار البائعين في العقد بتضامنهم ليس معناه أن الواحد منهم يبيع أكثر من حصته ، ولا أن انعقاد البيع فيها لا يتم إلا إذا باع باقي الورثة حصصهم ، بل معناه أن الواحد منهم ضامن صحة ونفاذ البيع في حصته ثم في حصص الآخرين أيضا (نقض مدني أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٥ ص ٥٨٠) - وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٦٤ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ٤٣ ص ٨٥ - ص ٨٦ .

لأحد منهما حق العدول عنه ، كان العقد الابتدائي باتا ملزما على الوجه الذى تقدم ذكره ، وجاز الأخذ فيه بالشفعة على النحو الذى أسلفناه . أما إذا لم يتفق المتعاقدان على أن دفع العربون هو تأكيد للعقد ، كانت دلالة العربون هي أن كلا من المتعاقدين قد حفظ لنفسه الحق فى العدول عن البيع فى نظير أن يدفع قيمة العربون للطرف الآخر . وقد اختلف فى تكييف العربون فى الفقه الفرنسى ، فبعض يذهب إلى أنه يجعل البيع معلقا على شرط فاسخ فينفذ البيع فى الحال ولكن يجوز لكل من المتعاقدين فسخ البيع فيخسر العربون ، وبعض يذهب إلى أنه يجعل البيع معلقا على شرط واقف فلا ينفذ البيع إلا إذا انقضت المدة المتفق عليها دون أن يعدل أحد الطرفين عنه . وقد سبق أن كيفنا العربون بأنه مقابل للرجوع فى البيع ، فيكون هو البديل فى التزام بدلى ، ويكون المدين ، بائعا كان أو مشتريا ، ملتزما أصلا بالالتزام الوارد فى البيع ، ولكن تبرأ ذمته من هذا الالتزام إذا هو أدى العربون^(١) . وسواء كيف العربون بأنه يجعل البيع معلقا على شرط فاسخ أو شرط واقف ، أو كيف بأنه بدل فى التزام بدلى ، فى جميع الأحوال لا يمنع العربون عقد البيع من أن يوجد ، وإن كان وجوده مقترنا بجواز العدول عنه . وما دام البيع موجودا فانه يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، ومن ثم يجوز الأخذ بالشفعة فى البيع الابتدائي اقترن بالعربون أو لم يقترن^(٢) .

ويجوز الأخذ بالشفعة أيضا فى البيع المعلق على شرط فاسخ أو على شرط واقف ، لأن البيع فى الحالتين يكون موجودا وإن كان وجوده على خطر الزوال . فى البيع المعلق على شرط فاسخ يكون البيع نافذا من وقت إبرامه ، وعلى الشفيع أن يراعى مواعيد الشفعة ، وتسرى من وقت إبرام العقد . فإذا أخذ بالشفعة فى مواعيدها ، حل محل المشتري فى البيع المعلق على شرط فاسخ ،

(١) أنظر فى كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٤٦ .

(٢) نقض مدنى ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٢ ص ٣٩٥ - عكس ذلك استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٩ (عدم جواز الأخذ بالشفعة إلا إذا أصبح البيع بالعربون باتا ولم يعدل عنه أحد طرفيه) - عكس ذلك أيضا شفيق شحاتة فقرة ٢٦٦ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٠ ص ٤٤٨ .

فاذا ما تخلف الشرط صار البيع باتا ، وإذا ما تحقق زال البيع بأثر رجعى كما كان يزول بالنسبة إلى المشتري لو لم يأخذ الشفيع بالشفعة (١) . أما إذا فوت الشفيع مواعيد الشفعة محسوبة من وقت إبرام العقد كما قدمنا ، فإن حقه في الشفعة يسقط ، ولم يجز له إذا تخلف الشرط الفاسخ وأصبح البيع باتا أن يأخذ بالشفعة في مواعيد جديدة يحسبها من وقت تخلف الشرط . وفي البيع المعلق على شرط واقف يكون البيع غير نافذ ، ولكنه يكون موجودا ، فيجوز الأخذ فيه بالشفعة (٢) كما قدمنا ، وتحسب مواعيد الشفعة في الشرط الواقف ، كما

(١) وقد كان هذا هو حكم الشفعة في بيع الوفاء عند ما كان هذا البيع جائزا ، وهو بيع معلق على شرط فاسخ . فكان يجوز للشفيع أن يأخذ العقار المبيع وفاء بالشفعة ، فإذا استرد البائع المبيع زال البيع بأثر رجعى ، ووجب على الشفيع رده للبائع وفاء ويسترد منه مادفعه عند الأخذ بالشفعة (نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجلة التشريع والقضاء ٤ رقم ١٥ ص ٣٣ - استئناف مصر ٢٦ أبريل سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٤٣ ص ٢٩ - كوم حمادة ١٧ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٤٦٣ ص ٩٢٦ . محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٦ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٣ ص ٤٥١ - ص ٤٥٢ - وانظر عكس ذلك وأنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في بيع الوفاء إلا عندما يصبح باتا استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٠٨ - طنطا الكلية ١٩ أبريل سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٢٤ ص ٤٦) .

(٢) وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا كان الأخذ بالشفعة يجوز في البيع المعلق على شرط فاسخ ، فإنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في البيع المعلق على شرط واقف لأنه بيع غير نافذ ، ولأن الشفعة لا تثبت إلا في البيع الذى يكون من شأنه خروج العقار من ملك البائع خروجا باتا قاطعا (أنظر في هذا المعنى استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٦٣ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٣ ص ٤٥١) . ولوصح أن الشفعة لا تثبت إلا في البيع الذى يكون من شأنه خروج العقار من ملك البائع خروجا باتا قاطعا ، لوجب عدم جواز الأخذ بالشفعة أيضا في البيع المعلق على شرط فاسخ ، لأن ملكية العقار في هذا البيع لا تنتقل إلى المشتري انتقالا باتا قاطعا إذ أن البيع يزول بأثر رجعى بتحقيق الشرط الفاسخ .

وقد قضت محكمة النقض بجواز الأخذ بالشفعة في البيع المعلق على شرط واقف ، إذ قضت بأن الحكم الذى يقرر أن حق الشفعة لا يتولد عن العقد الابتدائى المعلق نفاذه على تصديق المجلس الحسبى ، وإنما يتولد عن العقد المحرر بعد تصديق المجلس الحسبى على بيع نصيب القاصر ، يكون خاطئا (نقض مدنى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٢٣ ص ١١٧) - وانظر أيضا نقض مدنى ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٢ ص ٣٩٥ - استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٠٥ - وهذا هو رأى السائد فى الفقه المصرى : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢٥ ص ٣٠٩ - شفيق شحاتة فقرة ٢٦٤ ص ٢٧٤ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٣٥ ص ٤٦١ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٤١ ص ٣٣٣ - إسماعيل غانم ص ٣٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٥ ص ٤٥٠ - ص ٤٥١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٩ ص ٣٣٣ .

تحسب في الشرط الفاسخ ، من وقت إبرام البيع لا من وقت تحقق الشرط .
 فاذا أخذ الشفع بالشفعة في هذه المواعيد ، حل محل المشتري في البيع المعلق
 على شرط واقف . فاذا تحقق الشرط نفذ البيع بأثر رجعي ونفذت معه الشفعة ،
 وإذا تخلف الشرط زال البيع بأثر رجعي كذلك كما كان يزول بالنسبة إلى
 المشتري لو لم يأخذ الشفع بالشفعة وزالت معه الشفعة . أما إذا فوت الشفع
 مواعيد الشفعة محسوبة من وقت إبرام البيع ، فإن حقه في الشفعة يسقط ،
 ولم يجز له إذا تحقق الشرط الواقف ونفذ البيع أن يأخذ بالشفعة في مواعيد
 يحسبها من وقت تحقق الشرط (١) .

وإذا تقابل المتبايعان قبل طلب الشفعة ، فاذا قلنا مع محكمة النقض إن
 التقابل هو فسخ للبيع القائم لا إنشاء لبيع جديد ، انبنى على ذلك أن البيع يزول
 بالتقابل (ويسمى أيضا بالتفاسخ) ، ويكون زواله بأثر رجعي فيعتبر كأن لم
 يكن . وعلى ذلك لا يستطيع الشفع أن يطلب الأخذ بالشفعة بعد التقابل ،
 لأن البيع الذي يريد الأخذ فيه بالشفعة يكون غير موجود وقت طلب الشفعة ،
 وشرط الشفعة أن يكون البيع قد قام بعد توافر شروط الأخذ بها وأن يبقى
 قائما عند طلبها (٢) . ولكن التقابل لا يكون حتما فسخا للبيع القائم ، بل الأمر

(١) والبيع المشروط فيه عدم انتقال الملكية إلى المشتري إلا بعد دفع جميع أقساط الثمن
 تجوز فيه الشفعة ، سواء اعتبرنا الشرط فاسخا أو واقفا ، لا سيما إذا لوحظ أن الشفع
 لا يستفيد من التقسيط الممنوح للمشتري بل يجب عليه إيداع كل الثمن ، فيحل محل المشتري
 في بيع تخلف فيه الشرط الفاسخ أو تحقق فيه الشرط الواقف . أنظر استئناف مختلط ٢ يونيه
 سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٣ - وأنظر عكس ذلك وأن الشفعة لا تجوز استئناف مختلط أول
 فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٠٦ - استئناف وطني ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٥ الحقوق ١١
 ص ٢٨ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢٨ .

وقد يعلق البائع البيع على شرط عدم استعمال الشفع للشفعة ، فاذا استعملها انفسخ البيع ،
 قاصداً بذلك إسقاط الشفعة إذا استعملت . وهذا الشرط باطل لمخالفته للنظام العام ، إذ هو يعطل
 بارادة المتبايعين حقا قرره القانون للشفع . ولما كان الشرط فاسخا ، فإنه يبطل ويبقى البيع
 صحيحا لا شرط فيه (م ١/٢٦٦ مدني) وتجوز فيه الشفعة (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن التقابل من البيع لا يعتبر بيعا جديداً يتولد عنه للشفع حق
 الشفعة ، لأن التقابل أو التراد في البيع هو فسخ له بتراضى الطرفين لا إنشاء لبيع جديد ،
 ومن شأنه في قصد المتعاقدين إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل البيع ومحو كل أثر له ، مما لا يكون
 معه أساس لطلب الشفعة . وإذن فتي كان التقابل قد حصل قبل طلب الشفعة ، فإنه يعدم أثر البيع =

يتوقف على قصد المتقابلين . فقد يقصدان إلغاء العقد القائم بعقد جديد يزيله دون أثر رجعي ، فيكون هناك عقد بيع أول من البائع إلى المشتري يعقبه عقد بيع ثان من المشتري إلى البائع ، بل إن هذا في نظرنا هو الأصل في التقايل^(١) . وفي هذه الحالة لا يستطيع الشفيع أن يطلب الشفعة في البيع الأول لأنه زال بالتقايل ، ولكنه يستطيع طلبها في البيع الثاني وهو البيع الذي يتضمنه التقايل ذاته ، وطبقا لمواعيد هذا البيع الثاني^(٢) . وإذا طلب الشفيع الشفعة في مواعيدها في البيع القائم قبل التقايل منه ، ثبت له الحق فيها ولا يسقط التقايل حقه ، سواء اعتبر التقايل فسخا للبيع القائم أو بيعا جديدا^(٣) . فان كان فسخا لم تسقط الشفعة ، لأن الفسخ هنا يكون تفاسخا بالتراضي بين المتبايعين ولا يملك

= الأول ، ولا يبقى محل لطلب الشفعة (نقض مدني ٢٥ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠٥ ص ٦٦١) . وانظر أيضا نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٤ ص ١٦١ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨١ ص ١٧٦ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٢ ص ١٧٧ - وانظر على زكي العراقي ص ١٦ وما بعدها - شفيق شحاتة فقرة ٢٦٤ ص ٢٧٤ هامش ١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٦٧ ص ٤٥٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٣٤ ص ٤٦٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٩ ص ٣٣٣ . (١) الوسيط ١ فقرة ٤٥٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٠ ص ٣١٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٥ ص ٤٥٢ - ص ٤٥٣ .

(٢) أنظر المادة ٩٣٨ مدني وسيجيء ذكرها (أنظر مايلي فقرة ١٧٢) . وقد يقال كيف يأخذ الشفيع بالشفعة في البيع الثاني وهو صادر لنفس المالك القديم ، فلم يتغير على الشفيع المالك بل عاد كل شيء إلى أصله كما كان قبل البيع الأول . ويمكن الرد على هذا الاعتراض بأنه من المحتمل أن يكون الشفيع إنما يتضرر من هذا المالك القديم بالذات ، ولم يكن له بدمن احتماله قبل أن يفتح له باب الشفعة . فلما صدر البيع من هذا المالك القديم وتغير المالك ، رحب الشفيع بالمالك القديم ولم يأخذ منه بالشفعة . ثم لما تقايل المتبايعان وعاد الملك إلى المالك القديم الذي كان الشفيع يتضرر منه ، لم يلبث الشفيع أن طلب الشفعة بعد أن انفتح بابها أمامه . كذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة أن الشفيع كان فيما مضى مالكا للعقار المبيع ، ثم خرج عن ملكه كأن باعه مثلا لشخص ثم باعه هذا الشخص لشخص آخر ، فيأخذ البائع الأول العقار بالشفعة إذا توافرت شروطها (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٣ - محمد كامل مرسى فقرة ٣٤٦) .

(٣) العياط ٢٢ مارس سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٢١٩ ص ٢٨٧ .

هذان إسقاط الشفعة بتراضيهما^(١) . وإن كان يباع جديدا أعقب البيع الأول ، فإن الشفيع قد طلب الشفعة في البيع الأول فلا يسقط حقه بالبيع الثاني ، وإنما يسقط هذا الحق لو أنه لم يطلب الشفعة قبل البيع الثاني فيتعين عليه في هذه الحالة أن يطلب الشفعة في البيع الثاني لا في البيع الأول (م ٩٣٨ مدني وسيجيء ذكرها^(٢)) . وهذا لا يمنع الشفيع ، إذا كان قد طلب الشفعة في البيع الأول قبل التقايل منه ، أن ينزل عن هذا الطلب ويطلب الشفعة في البيع الثاني^(٣) .

ويجوز الأخذ بالشفعة حتى في البيع القابل للإبطال ، فالبيع الباطل هو الذي لا يؤخذ فيه بالشفعة لأنه غير موجود ، أما البيع القابل للإبطال فيبيع موجود نافذ ، ولا يزول إلا إذا حكم بإبطاله . وعلى ذلك يجوز الأخذ بالشفعة في البيع الصادر من القاصر دون إذن المحكمة وفي البيع الذي شابه غلط أو تدليس أو إكراه ، في المواعيد المقررة وتسرى منذ إبرام البيع القابل للإبطال . فيحل الشفيع محل المشتري في هذا البيع ، ويكون مثله معرضا للمطالبة بإبطال البيع من البائع . فإذا أجاز البائع البيع زال سبب الإبطال ، وانقلب البيع صحيحا بأثر رجعي ، وأصبحت ملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه ملكية بآية نهائية . أما إذا طلب البائع إبطال البيع وحكم له بذلك ، فإن البيع يزول بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن ، وتزول ملكية الشفيع عن العقار وتعود إلى البائع ، كما كان يقع للمشتري لو لم يأخذ الشفيع بالشفعة . وإذا فوت الشفيع مواعيد الشفعة التي تحسب منذ إبرام البيع القابل للإبطال كما قدمنا ، ثم أجاز البائع البيع

(١) قارن محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٦٧ ص ٤٥٦ (ويذهب إلى أنه يجب رفع دعوى الشفعة قبل التقايل حتى لا يسقط التقايل الحق في الشفعة) . أما إذا لم يكن الفسخ بالتراضي أي بالتقايل ، بل كان فسخا بحكم القضاء ، بأن أخل المشتري مثلا بالتزاماته فحكم للبائع بالفسخ ، فإن الفسخ هنا بماله من أثر رجعي يجعل البيع كأن لم يكن ، ويعتبر البيع غير موجود منذ البداية ، فتسقط الشفعة المؤسسة على هذا البيع . وهنا لم يكن الفسخ بتراضي المتبايعين حتى يقال ، كما قيل في التقايل ، إن المتبايعين لا يملكان بتراضيهما إسقاط حق الشفيع (شفيق شحاتة فقرة ٣٦٣ ص ٢٧٤) .

(٢) أنظر مايل فقرة ١٧٢ .

(٣) وكذلك لو سقط طلبه الشفعة في البيع الأول ، جاز له أن يطلبها في البيع الثاني (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٠ ص ٣١٣ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٣٠٥ ص ٤٥٣) .

فانقلب بيعا صحيحا ، لم يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة ولم تفتح له مواعيد يبدأ سريانها منذ إجازة البيع (١) .

ويخلص مما تقدم أن الشفعة لا تجوز إلا في البيع (٢) . فأى سبب آخر لكسب

(١) المنصورة الجزئية ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٣٧٩ ص ٥٧٨ - على زكى العرابي
فقرة ١٨ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣١٢ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٢ ص ٤٥٠ .
وقريب من البيع القابل للإبطال البيع غير النافذ في حق المالك ، ويجوز الأخذ بالشفعة فيه .
فاذا كان البيع صادرا من وكيل عزله المالك بكتاب مسجل سابق على البيع ، جاز للمحكمة أن
تقضى للشفيع بالشفعة في هذا البيع ، فاذا أقر المالك البيع خلصت للشفيع ملكية العقار المشفوع
فيه (نقض مدني ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٨ ص ٤٠٩) . كذلك تجوز
الشفعة في بيع ملك الغير ، وهو بيع قابل للإبطال من جهة وغير نافذ في حق المالك من جهة
أخرى . فاذا أخذ الشفيع بالشفعة ، وأجاز المالك الحقيقي البيع ، استقرت ملكية الشفيع في
العقار المشفوع فيه ، لأن البيع بإجازة المالك الحقيقي ينقلب صحيحا نافذا . ويلاحظ أن
قابلية بيع ملك الغير للإبطال قد تقررت لمصلحة المشتري ، فان أخذ الشفيع بالشفعة وحل محل
المشتري ، لم يجوز له طلب إبطال البيع كما كان يجوز للمشتري ، لأنه لما أخذ بالشفعة يكون
قد أجاز البيع .

(٢) وبالشروط الواردة فيه دون أى تحوير فيها ، فلا يجوز للشفيع أن يعنى نفسه من
هذه الشروط ، كما لو اشترط البائع على المشتري أن يبني في الأرض المبيعة منزلا للسكنى
أو أن يحافظ على مستوى الأرض الحال (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٦) .
كما لا يجوز للشفيع أن يضيف شرطا ليس واردا في البيع ، كأن يشترط أن يكون العقار المبيع
لم ترفع دعوى استحقاق عنه أو عن جزء منه (استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧
ص ٢٢٤ - ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٢ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٤) .
وإذا كان الثمن في البيع إيرادا مرتبا مدى حياة البائع ، ولم يكن ملحوظا في البيع
شخصية المشتري ، فيبدو أن الشفيع يستطيع الأخذ بالشفعة ويلتزم بدفع الإيراد للبائع مدى
حياته ، ولا يودع خزانة المحكمة بعد طلب الشفعة إلا ما يكون مستحقا من أقساط الإيراد .
ويجوز أن تطلب المحكمة من الشفيع كفالة تضمن دفع الإيراد ، كما يجوز للشفيع أن يدفع
لإحدى شركات التأمين رأس مال في مقابل أن تدفع الشركة للبائع أقساط الإيراد مدى حياته .
أنظر عكس ذلك وأن الشفعة لا تجوز إذا كان الثمن إيرادا مرتبا محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٤
٣٢٧ - فورجير ص ١٣٢ - ص ١٣٣ .

ولا يعتبر الأخذ بالشفعة بيعا يؤخذ فيه بالشفعة ، فاذا طلب الشفيع الشفعة ثم سقط حقه
فيها ، وطلب شفيع آخر نفس العقار بالشفعة وحكم له بها ، لم يجوز للشفيع الأول طلب
الشفعة مرة أخرى بدعوى أن الحكم بالشفعة للشفيع الثاني يعتبر بيعا يخوله حقا جديدا في الشفعة .
فالشفعة إذا تمت لشخص ، لم تجز الشفعة من هذا الشفيع (استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة
١٩٠١ م ١٤ ص ٤٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٥) .

الملكية كالميراث والالتصاق والتقادم لا تجوز فيه الشفعة ، ولا تجوز في أى تصرف قانوني آخر كالوصية والقسمة والصلح والهبة ولو بعوض والشركة والوفاء بمقابل والمقايضة ولو بمعدل . ويشترط في البيع ، حتى يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، أن يكون موجودا ، فإذا كان غير موجود كالبيع الباطل والبيع الصوري فلا شفعة . ومتى وجد البيع بعد توافر شروط الأخذ بالشفعة وبقي قائما إلى وقت طلبها جاز الأخذ بها ، سواء كان البيع صحيحا نافذا كعقد البيع النهائي وعقد البيع الابتدائي والبيع بالعربون والبيع المعلق على شرط فاسخ والبيع المتقابل فيه ، أو كان صحيحا غير نافذ كالبيع المعلق على شرط واقف ، أو كان غير صحيح ما دام موجودا كالعقد القابل للإبطال .

ويقع على الشفيع عبء إثبات البيع ، وأن هذا البيع قد قام بعد أن توافر في الشفيع شروط الأخذ بالشفعة ، وبقي قائما إلى وقت طلبها^(١) . ولما كان البيع ، بالنسبة إلى الشفيع ، يعتبر واقعة مادية كما قدمنا وهو لم يكن طرفا فيه ، فإن للشفيع أن يثبته بجميع طرق الإثبات ويدخل في ذلك البينة والقرائن ، ولو زاد الثمن على عشرة جنهات كما هو الغالب^(٢) . ولكن الذى يقع في العمل أن الشفيع كثيرا ما يستغنى عن إثبات البيع ، إما بالإقرار الصادر من البائع أو المشتري في الإنذار الرسمي الصادر منه إلى الشفيع متضمنا بيان العقار المباع والثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري (م ٩٤١ مدني) على

(١) وتنص المادة ١/١١٣٣ مدني عراقي ، في هذا الصدد ، على أنه « لا تثبت الشفعة إلا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع » . وتنص المادة ٢٤٢ من قانون الملكية العقارية اللبناني (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن « يعود حق الشفعة للأشخاص المذكورين في المادة ٢٣٩ الذين يكون تاريخ سند تملكهم سابقا لتاريخ سند تملك المشتري » .

(٢) قارن محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٦٦ - ويجوز للشفيع ، في إثبات البيع في دعوى الشفعة ، أن يوجه اليمين الحاسمة . فإذا حلفها البائع أو المشتري ، لم يعد للشفيع طريق آخر لإثبات البيع . وليس من الضروري أن يحلف اليمين كل من البائع والمشتري ، فإن أحدهما إذا حلفها انتفى البيع ، إذ لا بد لوجوده من أن يرضى به كل منهما (كفر الشيخ الكلية ٢٦ مايو سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢١٠ ص ٤٩٨ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٦٦ ص ٤٥٠) . ولا يكفي نكول أحدهما عن حلف اليمين ، بل لا بد من نكول كليهما ، إذ الإقرار الذي يتضمنه النكول لا بد أن يصدر من طرفي البيع فالبيع لا يتم إلا بتراضيهما .

ما سئرى ، أو بتسجيل البيع نفسه إذا لم يوجه للشفيع هذا الإنذار إذ يبقى حقه في الشفعة قائماً حتى تنقضى أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع (م ٩٤٨ ب مدنى) كما سيجىء .

١٧١ - جواز الرقعة بالشفعة في البيع غير المسجل : قبل صدور

قانون التسجيل في سنة ١٩٢٣ كان البيع غير المسجل ينقل الملكية إلى المشتري ، ولم يكن التسجيل لازماً حينئذ إلا للاحتجاج بالبيع على الغير . فلم يحم إذ ذاك خلاف فيما إذا كان يصح الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل ، فقد كان هذا البيع يجعل المشتري مالكا فتجتمع فيه صفة المشتري وصفة المالك في وقت واحد . فكان يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة العقار من المشتري قبل أن يسجل هذا عقده ، إذ أنه كان يأخذه من مشتري هو في الوقت ذاته مالك . ولما صدر قانون التسجيل في سنة ١٩٢٣ ، أصبح البيع غير المسجل لا ينقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين ، ولا يترتب عليه إلا نشوء التزامات شخصية . فقام خلاف في أول الأمر فيما إذا كان البيع بعد صدور قانون التسجيل قد أصبح عقدا شكليا لا ينعقد باعتباره بيعا - وليس فحسب لنقل الملكية - إلا إذا سجل . ولكن لما كان البيع غير المسجل يترتب عليه جميع التزامات البائع ومنها الالتزام بنقل الملكية وجميع التزامات المشتري ومنها الالتزام بدفع الثمن ، ولما كان يمكن إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذا عينيا في بيع غير مسجل عن طريق دعوى صحة التعاقد ، فإن هذا الخلاف لم يدم وقتا طويلا . ومالبث الرأي الذى يقول بأن البيع غير المسجل هو عقد بيع كامل ، يتم بالتراضى دون حاجة إلى التسجيل وينشئ جميع الالتزامات التى ينشئها البيع المسجل ، أن تغلب على رأى الآخر الذى يقول بأن البيع قد أصبح عقدا شكليا لا ينعقد إلا بالتسجيل . واستقر رأى الأول بعد مدة قصيرة في الفقه والقضاء ، ولم يعد أحد ينازع فيه منازعة جدية .

وكان قد تفرع عن الخلاف المتقدم الذكر خلاف آخر يتعلق بالشفعة ، فذهب بعض الفقهاء وبعض المحاكم إلى أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إلا في البيع المسجل ، ليس فحسب لأن البيع أصبح عقدا شكليا لا ينعقد إلا بالتسجيل فيما

يذهب إليه من يقولون بذلك ، بل أيضا لسبب خاص بالشفعة حتى مع القول بأن البيع بقى عقدا رضائيا بعد صدور قانون التسجيل . ذلك بأن الشفيع ، فى رأى من يقولون بأن الشفعة لا تجوز إلا فى البيع المسجل ، إنما يأخذ بالشفعة العقار من تحت يد المشتري إذا أصبح مالكا . فشرط الشفعة عندهم أن تخرج ملكية العقار المشفوع فيه من البائع إلى المشتري ، إذ أن المشتري لا يصبح جارا للشفيع أو شريكا معه فى الشيوع فيتضرر الشفيع من جواره أو من شركته ، إلا إذا أصبح المشتري مالكا . فيجب إذن التربص بالشفعة حتى يتحقق الضرر الذى شرعت الشفعة لتفاديه ، أى حتى يصبح المشتري مالكا ، ولا يكون ذلك إلا بتسجيل البيع ، فلا تجوز الشفعة فى بيع غير مسجل^(١) .

ولكن هذا الخلاف أيضا لم يدم وقتا طويلا ، فان نصوص قانون الشفعة السابق ، وهو القانون الذى قام الخلاف فى عهده ، صريحة فى أن الشفعة تؤخذ من المشتري ، وهى لا تتكلم إلا عن البيع والبائع والمشتري . ولما كان البيع غير

(١) أنظر مصر الكلية ٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ - وانظر فى استعراض الخجج الأخرى للقائلين بهذا رأى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٠ . ومن الأحكام التى أخذت بهذا رأى : استئناف مصر ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٩٥ ص ٣٣٣ - ١٠ يونيه سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٥٤ ص ٢١٤ - قنا الكلية ٢٥ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ - مصر الكلية ٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ - مصر المختلطة ٩ أبريل سنة ١٩٢٥ جازيت ١٦ رقم ٣٠٤ ص ٣٠٣ .

ومن أشد مؤيدى هذا رأى الأستاذ محمد على عرفة . ونقطة الابتداء عنده أن شرط الشفعة الأساسى ، فيما يرى ، هو خروج العقار المشفوع فيه من ملك صاحبه خروجاً باتاً . ولذلك يرى أن عقد البيع الابتدائى والبيع المعلق على شرط واقف لا يؤخذ فيهما بالشفعة لأنهما لا ينقلان ملكية العقار المبيع فوراً إلى المشتري ، وكذلك يرى أن البيع غير المسجل لا يؤخذ فيه بالشفعة لأنه هو أيضا لا ينقل الملكية إلى المشتري (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٨ ص ٤٥٧) . ولكن نصوص القانون لا تسمح بالقول إنه يشترط للأخذ بالشفعة خروج ملكية العقار المشفوع فيه إلى المشتري ، وكل ما تشترطه النصوص هو «بيع» العقار المشفوع فيه لا نقل ملكيته . وكل من البيع الابتدائى والبيع المعلق على شرط واقف والبيع غير المسجل هو «بيع» وإن لم ينقل الملكية ، فيجوز إذن الأخذ فيه بالشفعة . والمقرر فى مبادئ الشفعة أنه ، فى حين أن العقار المشفوع به يجب أن يكون «مملوكا» للشفيع فإذا كان سند الشفيع فى ملكية هذا العقار هو البيع وجب أن يكون مسجلا ، لا يشترط فى العقار المشفوع فيه إلا أن يكون «مبيعا» فيكون مبيعا حتى لو كان البيع لم يسجل .

المسجل ، حتى بعد صدور قانون التسجيل وقانون الشهر العقارى ، هو بيع كامل كما قدمنا ، فيجوز إذن الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل . ونصوص الشفعة في التقنين المدنى الجديد لا تقل صراحة في هذا الشأن عن نصوص قانون الشفعة السابق ، بل يتصدر هذه النصوص نص يعرف الشفعة بأنها « رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري » (م ٩٣٥ مدنى) ، فالشفعة إذن جائزة في بيع العقار ، ولا يزال بيع العقار « بيعا » ولو لم يسجل . ثم إن الأخذ بالشفعة في بيع غير مسجل يؤدي إلى نفس النتيجة التي يؤدي إليها الأخذ بالشفعة في بيع مسجل ، وهى أن يملك الشفيع العقار المشفوع فيه . فالشفيع في البيع غير المسجل يحل محل المشتري في حقوقه ، ومن هذه الحقوق التزام في ذمة البائع بنقل الملكية إلى المشتري . فيصبح البائع ملتزما نحو الشفيع ، بعد أن حل هذا محل المشتري ، بنقل ملكية العقار المبيع إليه . ويستطيع الشفيع أن يجبر البائع على تنفيذ هذا الالتزام تنفيذاً عينياً ، كما كان يستطيع المشتري . بل إن الحكم بثبوت الشفعة للشفيع ، إذا سجل - ويستطيع الشفيع أن يقوم بتسجيله - ينقل ملكية العقار المبيع فعلاً من البائع إلى الشفيع . يضاف إلى ذلك أن التربص بالشفعة حتى يسجل البيع ، وقد يطول انتظار الشفيع حتى يتم هذا التسجيل ، من شأنه أن يجعل ملكية العقار مقلقلة غير مستقرة مدة غير قصيرة . بل إن المشتري قد يتعنت ، إذا هو أمن جانب البائع ولم يخش منه التصرف في العقار مرة أخرى ، فيبقى البيع دون تسجيل إذ أن أمر التسجيل في يده ، فيعطل بذلك حق الشفيع المدة التي يريدتها (١) .

(٢) ومن الأحكام التي أخذت بأن الشفعة تجوز في البيع غير المسجل : استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٧ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٤ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٠٢ - ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ - ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٠ - ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٦ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ ص ٧٥ - ١٠ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٤ - ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩١ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١١٤ - ١٢ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٩ - ٢٦ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٩٠ - مصر الكلية ٢ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٢ - أسبوط الكلية ٢٨ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١١٣ ص ١٦٢ - المنصورة الكلية ١١ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٤٩٥ ص ٨٠٥ - مصر الكلية ١٠ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٦ ص ٣١ .

هذه الأسباب وغيرها (١) كانت من الوجهة بحيث لم تجعل الخلاف يدوم طويلا كما قدمنا . وما لبث الفقه أن انحاز بحق إلى الرأي الذى يقول بأن الشفعة تجوز فى البيع غير المسجل (٢) ، ثم مالبث القضاء أيضا أن انحاز إلى هذا الرأي . فقضت محكمة استئناف مصر بدوائرها المحترمة فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ بأن الشفعة تجوز فى البيع غير المسجل ، لأن نقل الملكية ليس ركنا من أركان البيع . ولأن قانون التسجيل لم ينص على بطلان العقد غير المسجل ، ولأن التسجيل إنما شرع لصالح المشتري وهو بيده فلا يمكن أن يؤثر التقصير فى إجراء التسجيل أو التعمد فى عدم التسجيل من جانب المشتري فى حق ذوى الشأن قبله ، ولأنه إذا قيل بأن الشفيع لا يملك حق الشفعة إلا من تاريخ التسجيل نكون قد وسعنا فى حق الشفعة بتضييق مسقطاتها خلافا لنصوص القانون ولطبيعة حق الشفعة باعتباره حقا ضعيفا لا يصح التوسع فيه . ولأدى ذلك إلى عدم استقرار الملكية فى يد أربابها وهو ما أراد القانون تلافيه بالنص على مسقطات الشفعة وبحصر المواعيد فى إجراءاتها وفى طرق الطعن فى الأحكام الصادرة فيها ، وأخيرا لأنه لا ضرر على المشتري من استعمال الشفيع حقه فى الشفعة قبل التسجيل لأن الشفيع إنما يحل محله فى البيع بشروطه ، وإنما الضرر فى السماح للمشتري بتعطيل حق الشفعة والتلاعب بأحكام القانون بتأخير تسجيل عقده (٣) . وقد تواترت الأحكام بعد ذلك بهذا المعنى ، واستقر القضاء على هذا المبدأ (٤) .

(١) أنظر فى استعراض الحجج الأخرى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٩ - وانظر فى الرد عليها محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٩ .

(٢) ورواد الفقه فى هذا الرأي هم الأستاذ حامد فهمى فى بحثه فى مجلة المحاماة ٥ ص ٧٢٩ وما بعدها ، والأستاذ عبد السلام ذهني فى كتابه فى الأموال ص ٦٦٩ - ص ٧٠٨ ، والأستاذ صليب سامى فى بحثه فى مجلة المحاماة ٨ ص ٦٦٨ وما بعدها .

(٣) استئناف مصر (دوائر مجتمعة) ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ - المحاماة ٨ رقم ٢٢٧ ص ٢٩٨ .

(٤) استئناف مصر ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٤ ص ٧١٣ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٥ ص ٢٨-٦٢٥ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٩ ص ٦٣٠ - ٧ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٦٢ ص ١١٤٩ - ٢٥ مارس سنة ١٩٤١ =

وأكد استقرار القضاء أن محكمة النقض قررت نفس المبدأ في أحكام متوالية ، وأقرت محكمة استئناف مصر بدوائرها المحكمة على قضائها . فقضت في ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ بأنه من المقرر أن ملكية الشفيع للعقار الذي يشفع به يجب أن تكون ثابتة وقت بيع العقار الذي يشفع فيه ، وأن الشفعة جائزة في العقار المبيع ولو كان عقد البيع لم يسجل ، ولقد سبق للدوائر المحكمة للاستئناف أن بحثت هذا الموضوع على ضوء النصوص الواردة في قانوني الشفعة والتسجيل ، وأصدرت فيه حكما في ٣ من ديسمبر سنة ١٩٢٧ قالت فيه إن حق الشفعة الذي ينشأ من يوم البيع لا يمكن تعليقه على حصول تسجيل العقد أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط ، ومحكمة النقض تقر هذا الحكم والمقومات التي أقيم عليها (١) . وقضت أيضا في ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ بأنه يجب ثبوت ملكية الشفيع للعقار الذي يشفع به وقت قيام سبب الشفعة ، أي وقت انعقاد بيع العقار الذي يشفع فيه ، ولا عبرة بتاريخ تسجيل هذا البيع لأن حق الشفعة يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن مسجلا (٢) . وقضت كذلك بأنه لا يشترط قانونا في البيع الذي تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ (٣) .

ولم يغير التقنين المدني الجديد في هذا الأمر شيئا ، فالحجج التي استند إليها الرأي القائل بجواز الشفعة في البيع غير المسجل في عهد قانون الشفعة

= المحامة ٢١ رقم ٤٢١ ص ١٠١٠ - المنصورة الكلية ٢١ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحامة ١١ رقم ١٥٩ ص ٢٨٧ - استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٩ - ١٢ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٩ - وعلى المشتري الذي يدعى أن هناك عقد بيع غير مسجل يسبق عقد البيع الرسمي المسجل الذي أخذ فيه الشفيع بالشفعة ، وأنه كان من الواجب على الشفيع أن يأخذ بالشفعة في العقد الأول غير المسجل ، أن يثبت وجود هذا العقد وأنه صدر في التاريخ المذكور فيه (استئناف مختلط أول يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٩) .

- (١) نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٩ ص ٥٦٨ .
- (٢) نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ .
- (٣) نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ - وانظر أيضا نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ و ١٨ مايو سنة ١٩٥٠ و ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ في مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاما جزء أول ص ٧١٤ رقم ٥٢ و ٥١ و ٥٣ .

السابق لا تزال قائمة في عهد التقنين المدني الجديد . بل إن الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الجديد تزيد هذا الأمر تأكيداً ، ففي محضر جلسة ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ من محاضر لجنة الأستاذ كامل صدقي أجمع أعضاء اللجنة إلا واحداً على عدم النص على اشتراط تسجيل البيع لجواز الأخذ بالشفعة ، وعلى الأخذ بما ذهب إليه قضاء محكمة النقض وسائر المحاكم من أن نقل الملكية والتسجيل ليسا ركناً من أركان البيع وإنما هما أثر من أثاره ، ولذلك لا يجوز جعل تسجيل البيع شرطاً لاستعمال حق الشفعة (١) .

والآن بعد أن استقر القضاء والفقه (٢) على جواز الشفعة في البيع غير المسجل للأسباب الوجيهة التي قدمناها ، بقي أن نلاحظ ما يأتي :

(١) وقد ردد أعضاء اللجنة الحجج التي تساق عادة للتدليل على صحة هذا الرأي . ف قيل مثلاً « إن المشتري بموجب عقد غير مسجل لا تنقصه صفة المشتري » ، وأضيف « أنه كثيراً ما يحدث أن يغفل المشتري تسجيل عقده ثقة منه في البائع لتأكيد من أن هذا الأخير لن يبيع العقار مرة ثانية لشخص آخر ، ففي مثل هذه الحالة لا يجب أن يحول عدم تسجيل العقد دون استعمال حق الشفعة » . وقيل أيضاً « إن إلزام المشتري بتسجيل عقده معناه القضاء على حق الشفعة ، إذ أنه ... يمكن القول بأن البيع يولد التزاماً بنقل الملكية ، وهذا الالتزام كاف لتمكين صاحب حق الشفعة من استعمال حقه ولولم يتم تسجيل البيع . والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى تعطيل استعمال حق الشفعة بفعل المشتري » . أما العضو الوحيد المعارض في اللجنة فقد لاحظ « أن نقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين لا يتم إلا بالتسجيل ، وإلى أن يتم التسجيل يجوز للبائع أن يبيع العين مرة ثانية ولا يأمن المشتري الذي لم يسجل عقده جانب من باع له ، فحق الشفع لا يولد إذن إلا إذا كان هناك نقل للملكية . لذا يتعين اشتراط تسجيل البيع لقيام حق الشفعة » (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٤ - ص ٤٠٥ في الهامش) .

(٢) أنظر في الفقه : شفيق شحاتة فقرة ٢٦٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٣٧ - إسماعيل غانم ص ٨١ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٣٠٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٩ ص ٣٣٢ - حسن كيرة ص ١٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٣ (جواز الشفعة في البيع الابتدائي وهو بيع غير مسجل) .

وانظر عكس ذلك وأن الشفعة لا تجوز إلا في البيع المسجل محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٦٩ - فقرة ٢٧٠ . ويشير الأستاذ محمد علي عرفة إلى ما يؤدي إليه الرأي القائل بجواز الشفعة في البيع غير المسجل من نتائج غير مقبولة في نظره ، فيبرز النتيجةين الآتيتين : (١) إذا تقايل البائع والمشتري قبل تسجيل العقد ولكن بعد طلب الشفعة لم يصح التقايل ، ويجبر البائع على المضى في البيع بالرغم من عدوله عنه وتقايله مع المشتري ، ولكن يمضي في البيع مع الشفع لا مع المشتري . ولا نرى أن هذه نتيجة غير مقبولة ، فالمقرر في الشفعة أن كل تصرف يصدر من المشتري إلى الغير بعد تسجيل =

١ - لم يكن هناك بد من القول بجواز الشفعة في البيع غير المسجل ، ما دمتنا نقول بجواز الشفعة في العقد الابتدائي . فالعقد الابتدائي ، والشفعة جائزة فيه كما قدمنا (١) ، ما هو إلا عقد بيع غير مسجل .

٢ - إذا كان التسجيل لا يشترط في البيع للأخذ بالشفعة ، فإن ثبوت تاريخ البيع أيضا لا يشترط ، وقد رأينا محكمة النقض تقول إنه لا يشترط

=سبب الشفعة لا يسرى في حق الشفيع . فإذا كان التصرف صادراً إلى البائع نفسه - والتقابل تصرف صادر إلى البائع - فإن هذا التصرف لا يسرى في حق الشفيع إذا كان صادراً بعد سبب الشفعة . وذلك بأن البائع الصادر إليه التصرف ليس من الغير حتى يشترط أن يكون التصرف صادراً بعد تسجيل طلب الشفعة ، بل يكفي أن يكون صادراً بعد طلب الشفعة لا تسجيلها حتى لا يسرى في حق الشفيع . وناقول بغير ذلك هو الذي يؤدي إلى نتيجة غير مقبولة ، إذ لو سلمنا بأن تقايل البائع مع المشتري بعد طلب الشفعة يسرى في حق الشفيع ، لأمكن للبائع والمشتري أن يتواطأ على إضاعة حق الشفعة . فإنهما إذا رأيا أن الشفيع طلب الشفعة ، تقايلا حتى يضيع على الشفيع حقه . (٢) من مقتضى القول بثبوت الشفعة في البيع غير المسجل أن الشفيع ، إذا توالى البيوع ، يتعين عليه أن يتابع سلسلة المشتريين المتعاقدين حتى قبل تسجيل عقد المشتري الأصلي . وفي هذا عنت على الشفيع ، إذ يصبح مفروضاً عليه تتبع كل البيوع المستترة التي يعقدها المشتري الأول ومن يخلفه حتى تصح شفيعته قانوناً . ولا نرى أن هذا يلتق على الشفيع عبثاً ثقيلًا ، فلمقرر الآن في التقنين المدني الجديد أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة في خلال خمسة عشر يوماً من يوم إنذار البائع أو المشتري له بالبيع . فاعلى الشفيع إلا أن ينتظر هذا الإنذار ، سواء صدر من المشتري الأول أو من أحد المشتريين المتعاقبين بعد المشتري الأول ، فيأخذ بالشفعة في البيع المذكور في الإنذار فتصح شفيعته في هذا البيع . فإذا خطر للمشتري الذي أرسل الإنذار أن يبيع العقار مرة ثانية بعد إرسال الإنذار - وهذا أمر بعيد الاحتمال - فإن الشفيع لا تضيق عليه شفيعته في هذا البيع الجديد ، إذ يجب على المشتري الجديد هو أيضاً أن ينذر الشفيع بالبيع الجديد ، فينفتح باب جديد للشفعة بطلبها الشفيع في خلال خمسة عشر يوماً من هذا الإنذار الأخير . وهكذا نرى أن الشفيع لا بد أن يعلم ، عن طريق الإنذار ، بكل بيع جديد يرد على العقار المشفوع فيه ، فلا يضيع عليه حقه في الشفعة في هذا البيع .

والذي يقع عملاً أن الشفيع يتروى أمرين حتى يحافظ على حقه في الشفعة : إما أن يصله إنذار بالبيع من المشتري أو من البائع فيستعمل حقه في الشفعة عقب هذا الإنذار في الميعاد القانوني ، أو أن يسجل المشتري البيع فيعرف الشفيع عن طريق التسجيل بوقوع البيع وله أربعة أشهر من وقت التسجيل لاستعمال حقه في الشفعة . وليس في كل هذا كبير عنت ، إذا أراد أن يستعمل حقاً استثنائياً كحق الشفعة .

فى البيع الذى تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ (١) . ذلك بأن الشفع لا يعتبر من الغير لا فى الصورية ولا فى ثبوت التاريخ ، فإذا واجهه المشتري بعقد بيع غير ثابت التاريخ ، كان هذا التاريخ حجة عليه إلى أن يثبت عكسه . فإذا كان التاريخ العرفى لعقد البيع سابقا على تاريخ تملك الشفع للعقار المشفوع به ، لم يجوز للشفع أن يتمسك بأن هذا التاريخ غير الثابت لا يحتج به عليه ، وبأن عقد البيع يجب أن يكون ثابت التاريخ وسابقا على تملك الشفع للعقار المشفوع به حتى لا يكون للشفع الحق فى الأخذ بالشفعة . بل للمشتري أن يتمسك بالتاريخ العرفى لعقد البيع وهو التاريخ السابق على تاريخ تملك الشفع للعقار المشفوع به ، وأن يحتج به على الشفع حتى يسلبه الحق فى الأخذ بالشفعة . ولكن للشفع أن يثبت بجميع طرق الإثبات أن التاريخ العرفى لعقد البيع قد قدم غشا ليكون سابقا على تملك الشفع للعقار المشفوع به ، بقصد حرمانه من الأخذ بالشفعة (٢) . ويرجع ذلك ، لافحسب إلى أن الغش هنا يسوغ إثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة بجميع الطرق ، بل يرجع أيضا إلى أن البيع يعتبر بالنسبة إلى الشفع واقعة مادية كما قدمنا (٣) ، فله أن يثبت واقعة البيع ويتضمن ذلك تاريخها بجميع الطرق (٤) .

٣ — وإذا كان لا يشترط فى بيع العقار المشفوع فيه أن يكون مسجلا للأخذ بالشفعة ، فعلى العكس من ذلك يشترط ، إذا كان سند الشفع فى ملكية العقار الذى يشفع به عقد بيع . أن يكون هذا البيع مسجلا . ذلك بأن الشفع

(١) نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ وجم. الحكم السابق الإشارة إليه .

(٢) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٧ ص ٤٥٨ - ص ٤٥٩ - عكس ذلك عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤٢٨ ص ٤٥٧ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ١٠٧ فى آخرها .

(٤) قارن مع ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر من أنه يلزم توافر أسباب الأخذ بالشفعة لدى الشفع قبل حصول البيع المترتب على الشفعة ، وهذا يقتضى أن يكون تاريخ هذا البيع ثابتا ثبوتا كافيا للاحتجاج به على الشفع وحده كما لو ذكر فى ورقة رسمية ، وعندئذ يعد تاريخ هذه الورقة الرسمية تاريخا له ، بما أن طرق إثبات التاريخ غير مبينة على سبيل الحصر (استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٦٢ ص ١١٤٩) .

لا يشفع إلا بعقار يملكه كما سرى (١) ، وهو لا يملك العقار المشفوع به عن طريق البيع إلا إذا كان هذا البيع مسجلاً . ويخلص من ذلك أنه في حين أن بيع العقار المشفوع فيه لا يشترط أن يكون مسجلاً ، يشترط على العكس من ذلك أن يكون بيع العقار المشفوع به مسجلاً وأن يكون التسجيل سابقاً على انعقاد بيع العقار المشفوع فيه .

١٧٢ - الأنظر بالشفعة عند توالي البيوع - نص قانوني : تنص
المادة ٩٣٨ مدني على ما يأتي :

« إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ، ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة ٩٤٢ ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني ، وبالشروط التي اشترى بها » (٢) .
ويفرض هذا النص بيعاً قد توالى ، ويحدد في أي بيع منها يأخذ

(١) أنظر ما يلي فقرة ١٨٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٠٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٤ - ص ٤٠٠) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق م ٩ : المين الجائز أخذها بالشفعة ، إذا باعها مشترىها قبل تقديم طلب بالشفعة فيها وتسجيله كما هو مذكور في المادة الرابعة عشرة الآتية ، لا تقام دعوى أخذها بالشفعة إلا على المشتري الثاني بالشروط التي اشترى بها . (وحكم قانون الشفعة السابق يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٣٧ : إذا اشترى أحد عقاراً تجوز الشفعة فيه ، ثم باعه قبل أن يدعى الشفع بالشفعة ، سقطت شفعتها ، وتجددت له شفعة على المشتري الثاني .

(وحكم التقنين العراقي متفق في مجموعة مع حكم التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٠ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : إذا تم التفرع عن المشفوع لشخص ثالث بقيده في السجل العقاري قبل تقديم دعوى الشفعة ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها . (والقانون اللبناني يشترط للأخذ بالشفعة من المشتري الثاني أن يكون البيع الصادر لهذا المشتري الثاني قد قيد في السجل العقاري قبل أن يرفع الشفع دعوى الشفعة على المشتري الأول) .

الشفيع بالشفعة . ولتبسيط المسألة نفرض أن المالك باع عقاره لمشتري ، ثم ان هذا المشتري باع العقار لمشتري ثان ، فهل يأخذ الشفيع بالشفعة في البيع الأول أو في البيع الثاني ؟ ويستوى في هذا الفرض أن يكون المشتري الأول قد سجل عقده قبل أن يبيع للمشتري الثاني أو لم يسجل ، وإن كان الغالب في العمل أن المشتري الأول لا يبيع للمشتري الثاني إلا بعد أن يكون قد سجل عقده . ويستوى كذلك أن يكون المشتري الثاني قد سجل عقده أو لم يسجل ، فقد قدمنا أن الشفعة تجوز في البيع غير المسجل .

ويجب النص سالف الذكر على السؤال المتقدم بالتمييز بين حالتين :
(الحالة الأولى) أن يكون المشتري الأول لم يبيع العقار للمشتري الثاني إلا بعد أن طلب الشفيع الشفعة في البيع الأول وسجل هذا الطلب . ففي هذه الحالة لا يسرى البيع الصادر من المشتري الأول للمشتري الثاني في حق الشفيع ، إذ تنص المادة ٩٤٧ مدني كما سرى على أنه « لا يسرى في حق الشفيع . . أي بيع صدر من المشتري ولا . . إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة » . ومعنى أن البيع الثاني الصادر بعد تسجيل طلب الشفعة لا يسرى في حق الشفيع أن الذي يسرى في حقه هو البيع الأول وحده . وعلى ذلك يأخذ الشفيع بالشفعة في هذا البيع الأول بالشروط الواردة فيه ، والمفروض أنه سجل طلب الشفعة في هذا البيع فيمضي في إجراءات الشفعة إلى غايتها (١) . وذلك لا يمنعه ، إذا رأى أن شروط البيع الثاني أيسر أو أن الثمن فيه أقل ، من أن يتزل عن طلب الشفعة في البيع الأول ، ويطلبها في البيع الثاني في مواعيد هذا البيع وبشروطه (٢) .

(١) نقض مدني ٦ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٨٤٢ ص ٨٦٤ - استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣٢ ص ٤٣٧ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧٦ - إسماعيل غانم ص ٨٧ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقار المشفوع فيه مبيعاً مع شرط اختيار الغير ، فلا يجوز الاحتجاج على الشفيع بما ترتب على هذا الاختيار من حقوق لمن أدخلوا في الشراء بعد تسجيل إعلان الرغبة ، ولا يسقط حقه في الشفعة لإدخالهم في الدعوى بعد الميعاد (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٣١٢) .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٨٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٨ ص ٤٧٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٥ .

(الحالة الثانية) أن يكون المشتري الأول باع العقار للمشتري الثاني قبل أن يسجل الشفيع طلب الشفعة في البيع الأول (١) . ففي هذه الحالة يكون هذا البيع الثاني ساريا في حق الشفيع ، لأنه صدر قبل تسجيل طلب الشفعة ، وكل تصرف يصدر من المشتري قبل تسجيل طلب الشفعة يسرى في حق الشفيع (مفهوم المخالفة من المادة ٩٤٧ مدني) (٢) . وما دام هذا البيع الثاني يسرى في حق الشفيع ، فانه يكون قد فسخ البيع الأول الذي لم يأخذ فيه الشفيع بالشفعة أو أخذ بها ولكن لم يسجل طلبه قبل صدور البيع الثاني . وعلى ذلك لا يستطيع الشفيع أن يأخذ بالشفعة في البيع الأول المنسوخ ، وكل ما يستطيعه هو أن يأخذ بالشفعة في البيع الثاني الذي يبقى وحده قائما بعد أن نسخ البيع الأول ، ويكون أخذه بالشفعة في هذه الحالة في مواعيد البيع الثاني وبشروطه ، وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٩٣٨ مدني سالفه الذكر (٣) . وما دام الشفيع

(١) يقول نص المادة ٩٣٨ مدني كما رأينا : « . . . ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة » . ومعنى ذلك أن يكون البيع الثاني حاصلا قبل إعلان رغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة ، أو إذا صدر هذا الإعلان من الشفيع فقبل تسجيله . وبعبارة أخرى يجب أن يكون البيع الثاني صادرا قبل تسجيل إعلان الرغبة ، سواء صدر عند الإعلان فعلا ولم يسجل ، أو لم يصدر أصلا فلا يتصور أن يكون قد سجل . وكان الأولى من ناحية الصياغة أن يكون النص كما يأتي : « . . . ثم باعها قبل تسجيل رغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة » (أنظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٩٢ ص ٤٨٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٦) .

(٢) ولا يشترط أن يكون البيع الثاني ثابت التاريخ . فالتاريخ العرفي كاف إذا كان سابقا على تسجيل طلب الشفعة . وللشفيع ، وهو ليس من الغير في ثبوت التاريخ ، أن يثبت عدم صحة التاريخ العرفي وأنه قدم غشا ليكون سابقا على تسجيل طلب الشفعة (نقص مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٧ ص ٤٧٧ - أنظر عكس ذلك محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٩٣ ص ٤٩٢ - ص ٤٩٣) .

(٣) وقد يبيع المشتري الأول جزءاً مفرزاً من العقار المبيع ويستبقى الجزء الآخر . فللشفيع في هذه الحالة أن يأخذ بالشفعة الجزء المبيع للمشتري الثاني وحده وبشروط البيع الثاني ، وأن يأخذ الجزء الذي استبقاه المشتري الأول وحده بشروط البيع الأول ، وذلك لأن الصفقة قد تفرقت (استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١٩) . ويشترط في الحالتين أن تتوافر شروط الشفعة في الجزء المطلوب أخذه ، فإذا ترتب على التجزئة أن أصبح جزء لا تتوافر فيه شروط الشفعة لم يحجز أخذه (منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٧) . =

يأخذ بالشفعة في البيع الثاني دون البيع الأول ، فإنه يترتب على ذلك أنه إذا كان البيع الثاني لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة لأى سبب ، امتنع على الشفيع الأخذ بها حتى لو كان البيع الأول يجيزها . ذلك بأن الشفيع يطلب الشفعة في البيع الثاني ولا شفعة فيه ، ولا يستطيع طلب الشفعة في البيع الأول بعد أن نسخه البيع الثاني (١) . وعلى ذلك إذا كان البيع الثاني صادرا من المشتري الأول إلى زوجه أو أحد من أقاربه أو أصهاره ممن لا يجوز الأخذ منهم بالشفعة ، أو كان المشتري الأول بدلا من أن يبيع العقار وهبه أو قايض عليه ، لم يستطع الشفيع الأخذ بالشفعة ، فقد فاته الأخذ بها في البيع الأول وامتنع عليه الأخذ بها في التصرف الذى صدر من المشتري الأول (٢) .

= أما إذا باع المشتري الأول جزءا شائعا من العقار المبيع واحتفظ لنفسه بباقي العقار شائعا ، لم يجز للشفيع أن يشفع في جزء شائع دون الجزء الآخر ، بل يجب عليه أن يطلب الشفعة في كل العقار ، بشروط البيع الثاني في الجزء الشائع الذى باعه المشتري الأول ، وبشروط البيع الأول في الجزء الشائع الذى استبقاه هذا المشتري . وذلك لأنه لو سمح للشفيع أن يفرق الصفقة في هذا الفرض ويأخذ بالشفعة جزءا شائعا دون الجزء الآخر ، لاضطر مالك هذا الجزء الآخر أن يقبل الشفيع شريكا معه في الشيوع . أنظر نقض مدنى ٣ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١١٦ ص ٨١٩ - استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٥٢ م ١٤ ص ٢٧٤ - ٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٠٢ - ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٤٥ - ٦ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٧ ص ٥٠٤ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٧ . ورفع دعوى الشفعة على المشتري الأول بعد أن باع هذا لمشتري ثان يصححه تدخل المشتري الثاني في الدعوى المرفوعة ، ولا حاجة لرفع دعوى جديدة على هذا المشتري الثاني (استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١١٤) .

(١) وبالرغم من وضوح هذه المسألة ، نرى لجنة الأستاذ كامل صدق قد ناقشتها مناقشة طويلة اختلفت فيها الآراء ، ولكنها انتهت إلى النتيجة المنطقية التى ذكرناها (أنظر محاضر جلسات ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٧ و ٤ فبراير سنة ١٩٣٨ و ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٨ في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٥ - ص ٤٠٤ فى الهامش - وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٤ ص ٤٩٤) .

(٢) استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٥ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٨٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧٥ - إسماعيل غانم ص ٨٦ - ص ٨٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٦ - حسن كيرة ص ١٨ - أنظر عكس ذلك وأن الشفيع يأخذ بالشفعة في البيع الأول إذا كان البيع الثاني لا يجوز فيه الأخذ بالشفعة ولكن بشروط البيع الثاني محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٤ ص ٤٩٦ .

وقد يكون التصرف الذى صدر من المشتري الأول ، كبيعه العقار لأحد أقاربه أو هبته للعقار ، تصرفاً سوريا قصد به التحايل لمنع الشفعة . فيجوز للشفيع حينئذ أن يثبت بجميع الطرق (١) صورية التصرف (٢) ، وعند ذلك يكون هذا التصرف غير موجود فلا ينسخ البيع الذى صدر من المالك للمشتري الأول ، ويستطيع الشفيع أن يأخذ بالشفعة فى هذا البيع الأول بشروطه وفى مواعيده (٣) . أما إذا كان التصرف الصادر من المشتري الأول بيعاً جدياً وتجاوز فيه الشفعة ، فلا يؤخذ بالشفعة إلا فيه كما قدمنا . ويجب على الشفيع فى هذه الحالة أن يوجه طلب الشفعة إلى كل من المشتري الأول والمشتري

(١) استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٢ - ويجوز توجيه التمييز الحاسمة إلى المشتري الثانى لإثبات صورية البيع الثانى (استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٦ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٩٨) . وقد قضى بأن كون المشتري الثانى أما أو اختاً أو أخاً لمن باع لا يكتفى وحده لاعتبار العقد سوريا ، ولا كون البيع الثانى قد تم بشئ أعلى بكثير من الثمن فى البيع الأول (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٢) . ومن القرائن على الصورية أن يتم البيع الأول والبيع الثانى فى يوم واحد (إسماعيل غانم ص ٨٧) .

(٢) وهذا ما تردد القول به غير مرة فى مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدق . فقليل مثلاً « إن السبيل ممد فى هذه الحالة لإثبات صورية البيع الثانى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٥ فى الهامش) . وقيل أيضاً بوجوب « أن يطرح جانباً الفرض الذى يكون فيه البيع الثانى بيعاً سورياً ، إذ أن فى الوسخ إثبات الصورية أمام القاضى ، كما أن الفش لا يكسب حقاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٧ فى الهامش) . وقيل كذلك « يتعين فى حالة البيع الحاصل لأحد الأشخاص الذين نصت عليهم المادة . . منع استعمال حق الشفعة . . على أن يظل الشفيع الذى أصابه ضرر فى حل دائماً من أن يتمسك بمبدأ أن الفش يفسد كل شئ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٢ فى الهامش) . واقترح أخيراً إقرار النص الآتى : « إذا لم يسجل إعلان الرغبة فى الشفعة الحاصل فى الميعاد إلا بعد تسجيل (٢) البيع الثانى ، وجب على الشفيع أن يستعمل حقه تبعاً للشروط التى تم بها البيع الثانى . ويجوز للشفيع ، فى حالة الفش ، أن يستعمل حقه طبقاً لشروط البيع الأول » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٣ فى الهامش) .

(٣) استئناف وطنى ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ١٧٢ ص ١٥٤ - المنصورة الكلية أول فبراير سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٣ رقم ٢٢ ص ٤٣ - استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٢٣ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٠٠ - ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٩٢ - ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٣ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٧٥ ص ٤٨٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٦ ص ٤٧٦ - حسن كبرة ص ١٨ .

الثاني ، دون البائع للمشتري الأول ، لأن الشفعة إنما تطلب في البيع الثاني المبرم ما بين المشتري الأول والمشتري الثاني لا في البيع الأول المبرم ما بين البائع والمشتري الأول (١) . والأخذ بالشفعة في البيع الثاني يكون ، كما قدمنا ، في مواعيد هذا البيع وبشروطه ، ولا يعتد بشروط البيع الأول (٢) . فإذا كان الثمن في البيع الثاني أعلى من الثمن في البيع الأول ، كان على الشفيع أن يودع خزانة المحكمة هذا الثمن الأعلى (٣) ، وكذلك إذا كان ثمن البيع الثاني هو الأدنى كان الثمن الأدنى هو الواجب إيداعه (٤) .

ولا عبرة بتسجيل البيع في كل ذلك كما قدمنا ، فقد يكون البيع الأول

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفي في حالة البيع الثاني اختصاص المشتري الثاني والبائع له في دعوى الشفعة ، أما اختصاص البائع الأصلي فلا يكون لازماً (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٨ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧١ ص ١٠٩٠) . وانظر استئناف وطني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٢١ ص ٣٣ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٩ ص ٦٣٠ - استئناف أسبوط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٥ رقم ٧٣ ص ١٩٩ - استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٤٨ - أول مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٤ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١٩ - ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ١٤ ص ٢٤٥ - ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥٧ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ أ ٣٥ ص ٢١٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٢ ص ٥٠٠ - ٥٠١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٩٢ ص ٤٩١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٧ ص ٤٧٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٦ .

(٢) استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ ص ٢٧٩ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٣ .

(٣) وقد أكد أحد أعضاء لجنة الأستاذ كامل صدق « ضرورة حماية المشتري ، إذ لا يتصور أن يحرم هذا المشتري من حقه في بيع العقار الذي اشتراه بالثمن الذي يراه مناسباً ، والذي له مطلق الحرية في تحديده كما يشاء حتى يسجل طلب الشفعة . وأضاف أن هذا الثمن هو الذي يجب على الشفيع أدائه ، وإن زاد عن الثمن المتفق عليه في البيع الأول » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠١ في الهامش) .

(٤) ولا يكون المشتري الأول ملزماً بالضمان إذا نزع العقار من المشتري الثاني بسبب الشفعة (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٧٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٦) . كذلك لا يكون المشتري الأول مسئولاً نحو الشفيع إذا هو باع العقار الذي اشتراه ، دون أن يقصد بهذا البيع الإضرار بالشفيع (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢١٣) .

غير مسجل وكذلك البيع الثانى ، ومع ذلك يأخذ الشفيع بالشفعة فى البيع الثانى بالرغم من أنه غير مسجل (١).

§ ٢ - البيوع التى لا يجوز الاتجار فيها بالشفعة

١٧٣ - نص قانونى : تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٣٩ مدنى على ما يأتى :

« لا يجوز الأخذ بالشفعة : (أ) إذا حصل البيع بالمزاد العلنى وفقا لإجراءات رسمها القانون . (ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية . (ج) إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة ، أو ليلحق بمحل عبادة » (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط قانونا فى البيع الذى تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ ، ولذا يجب توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثانى ولو لم يكن عقده مسجلا ، متى ثبت أن البيع له قد تم قبل تسجيل طلب الشفعة (نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣) - وانظر استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٦٩ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٨٧ / ١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا يجوز الأخذ بالشفعة : (أ) إذا حصل البيع بالمزاد العلنى عن طريق الإدارة أو القضاء . (ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة . (ج) إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة ، أو ليلحق بمحل عبادة » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠١٢ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدلت عبارة « عن طريق الإدارة أو القضاء » فى البند (أ) بعبارة « وفقا لإجراءات رسمها القانون » ، ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٠٩ كما عدلته بلحته . وفى لجنة مجلس الشيوخ لوحظ أن عبارة « وفق لإجراءات رسمها القانون » الواردة فى البند (أ) لا تفيد معنى البيع بالمزاد العلنى الجبرى ، لأن البيع قد يحصل بالمزاد العلنى وفق لإجراءات رسمها له قانون المرافعات ، فأجيب بأن المقصود بهذه العبارة كفالة علانية البيع ، فوافقت اللجنة على العبارة ملاحظة أن عبارة « وفقا لإجراءات رسمها القانون » يدخل فيها كل بيع بمزاد علنى يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون ، سواء فى ذلك البيع الإدارى أو القضائى . وأضيفت إلى البند (ب) عبارة « أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية » نظرا لأن صلتهم لا تنقل فى غالب الأحيان عن صلة الأقارب ، وقد روى الوقوف عند الدرجة الثانية توخيا للتضييق . وذلك تحقيقا للفكرة المقصودة من النص ، وهى استبعاد الأجنبي على اعتبار أن الصفقة عائلية . واقترح فى خصوص البند (ج) التسوية فى الحكم بين محل العبادة وبين المدارس والمؤسسات الاجتماعية حتى تتحقق نفس الحكمة من تمكين المشتري من أن ينحصر العقار لهذه الأغراض كلها ، ولكن اللجنة لم توافق على هذا الاقتراح ، ووافقت على النص دون هذا التعديل تحت رقم ٩٣٩ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٣ - ٤٠٩) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادتين ٣ و ٦ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل ، وفي التقنين المدني الليبي م ١/٤٩٣ . وفي التقنين المدني العراقي م ١١٣٤ ، وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٤٤ وم ٢٥٤ (٢) .

(١) قانون الشفعة السابق م ٣ : لاشفعة فيما بيع بالمزايمة لعدم إمكان القسمة بين الشركاء عينا أولتزع الملكية قهراً أمام إحدى جهات الإدارة أو القضاء . وكذلك لاشفعة فيما بيع بين الأصول وفروعهم وبالعكس ، ولا فيما بيع من أحد الزوجين للآخر ، أو من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة .

م ٦ : لاشفعة فيما بيع ليحمل محل عبادة أو ليلحق به .
(والتقنين المدني الجديد يختلف عن قانون الشفعة السابق فيما يأتي : (١) لم يقصر بيع المزارد العلني على المزارد الجبري وقسمة التصفية كما فعل قانون الشفعة ، بل عمم النص فجعله يشمل كل مزارد علني يتم وفقاً لإجراءات رسمها القانون فيدخل المزارد العلني الاختياري . (٢) وسع حلقة الصلة العائلية التي لا يؤخذ فيها بالشفعة وذلك تضيقاً لاستعمال هذا الحق ، فد القربة إلى الدرجة الرابعة بدلاً من الدرجة الثالثة التي وقف عندها قانون الشفعة ، وأضاف المصاهرة لغاية الدرجة الثانية) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :
التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ١/٩٤٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٣٤ : لاتسمع دعوى الشفعة : (أ) إذا حصل البيع بالمزايمة العلنية عن طريق القضاء أو الإدارة . (ب) إذا وقع البيع بين الزوجين ، أو بين الأصول والفروع ، أو بين الحواشي لغاية الدرجة الرابعة . (ج) إذا كان العقار قد بيع ليحمل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة ، وسجل بدائرة الطابو على هذا الوجه . (د) . . (هـ) . . (و) . . (و) يختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أمرين : (١) لا يمنع التقنين العراقي الشفعة في المزارد العلني الاختياري ، ويمنعها التقنين المصري . (٢) لا يجعل التقنين العراقي المصاهرة مانعة من الأخذ بالشفعة ، ويجعلها التقنين المصري مانعة لغاية الدرجة الثانية) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٤٤ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : لاتسمع دعوى الشفعة في المقايضة العقارية ، وفي البيع الحاصل بين الزوجين أو الأصول والفروع أو الأخوة والأخوات . م ٢٤٥ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : لاشفعة للوقف ، ولا في البيع الحاصل بالمزارد العلني عن طريق الإدارة أو القضاء . (والتقنين اللبناني يختلف عن القانون المصري في أمور ثلاثة : (١) لا يمنع القانون اللبناني الشفعة في المزارد العلني الاختياري ، ويمنعها التقنين المصري . (٢) لا يتوسع القانون اللبناني في القرابة المانعة من الشفعة فيقتصرها فيما يتعلق بالحواشي على الإخوة والأخوات ويمدها التقنين المصري إلى الدرجة الرابعة ، ولا يجعل القانون اللبناني المصاهرة مانعة من الشفعة ويجعلها التقنين المصري مانعة لغاية الدرجة الثانية . (٣) لا يمنع القانون اللبناني الشفعة فيما بيع ليخصص محلاً للعبادة أو ليلحق به ، ويمنعها التقنين المصري في ذلك) .

ويتبين من النص سالف الذكر أن هناك موانع من الأخذ بالشفعة تتعلق بالبيع الذى يؤخذ بها فيه . وموانع الشفعة غير مسقطاتها ، فالمانع يلغى الشفعة ابتداء ، أما المسقط فيلغى الشفعة بعد أن تقوم . فاذا باع زوج لزوجته عقارا ، قام هنا مانع من الأخذ بالشفعة ، فلا تقوم الشفعة منذ البداية . وإذا نزل الشفع عن الشفعة ، أو لم يأخذ بها فى مواعيدها المقررة ، أو لم يراع الإجراءات المرسومة لها ، أو انقضت أربعة أشهر منذ تسجيل البيع دون أن يأخذ بها ، فإن الشفعة تسقط انتهاء بعد أن قامت ابتداء . وهذه الضوابط تغنيانا عن حصر موانع الشفعة ومسقطاتها ، فحيث لا تقوم الشفعة ابتداء فى بيع عقار فهناك مانع ، وحيث تضيع الشفعة بعد قيامها فهناك مسقط .

وموانع الشفعة المتعلقة بالبيع ، كما هى ظاهرة من النص سالف الذكر ، ترجع إلى اعتبارات مختلفة . منها ما يرجع إلى الطريقة التى تم بها البيع ، ويتحقق هذا فى البيع الذى حصل بالمزاد العلنى وفقا لإجراءات رسمها القانون . ومنها ما يرجع إلى العلاقة فيما بين البائع والمشتري ، فقد تكون علاقة عائلية لا تسمح بأن يقتحمها أجنبي ويأخذ العقار المبيع بالشفعة ، ويتحقق هذا فى البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب أو الأصهار لدرجة معينة . ومنها ما يرجع إلى الغرض الدينى الذى أعد له العقار المبيع ، ويتحقق هذا فى العقار المبيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق به .

وليس ماورد فى النص سالف الذكر هى كل موانع الشفعة المتعلقة بالبيع ، فهناك موانع أخرى متناثرة فى تشريعات مختلفة (١) . من ذلك ما نصت عليه

(١) هذا إلى قيام اعتبارات أخرى فى بعض البيوع تعلق بمصالح اجتماعية واقتصادية تستوجب حماية صغار المزارعين . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه متى كان الحكم ، إذ قضى برفض دعوى الشفعة ، أقام قضاءه على أن التصرف الصادر من المطعون عليها الأول إلى المطعون عليه الثانى ليس بيعا تجوز فيه الشفعة ، وإنما هو تصرف ذو طابع خاص ، روعى فيه إشار المتصرف إليه بالأولوية فى شراء الأتبان المبيعة موضوع طلب الشفعة ، لاعتبارات منها ما يتعلق بشخص المتصرف إليه لقيامه باصلاح الأرض المتصرف له فيها ، ومنها ما يتعلق بمصالح اجتماعية واقتصادية ترمى إلى رفع مستوى صغار المزارعين وتوفير أسباب العيش لهم والتشجيع على إصلاح الأراضى البور ، فضلا عن أن الثمن المسمى بالعقد لا يمثل حقيقة قيم العين المبيعة وقت البيع ، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون . ذلك بأن القضاء بالشفعة

المادة ٩ من قانون الإصلاح الزراعى من أن « توزع الأرض المستولى عليها فى كل قرية على صغار الفلاحين ، بحيث يكون لكل منهم ملكية صغيرة لا تقل عن فدانين ولا تزيد على خمسة أفدنة تبعا لحودة الأرض » . ثم تضيف الفقرة الأخيرة من المادة نفسها : « لا يجوز أخذ الأراضى التى توزع بالشفعة » . والحكمة فى منع الشفعة هنا واضحة ، فهذه أراض مقسمة إلى قطع صغيرة ، تبيعها الحكومة لصغار الفلاحين بأثمان زهيدة مقسطة أقساطا طويلة الأجل وبشروط معينة ، بغية رفع المستوى الاقتصادى لمعيشة صغار الفلاحين ، فلو أباح الشفعة فى مثل هذا البيع لضاع الغرض الأساسى الذى يهدف الإصلاح الزراعى إلى تحقيقه ، ولترعت هذه الأراضى بالشفعة من أيدي طائفة من الفلاحين قصد القانون حمايتها . وكذلك قضت المادة الرابعة من قانون الإصلاح الزراعى بوضع حدود لتصرف المالك فى الأرض التى يملكها وتكون زائدة على الحد الأقصى الحائز تملكه . فيجوز للمالك التصرف فى هذا المقدار الزائد لأولاده فيما لا يزيد على مائة فدان . ولصغار الفلاحين فيما لا يزيد على خمسة أفدنة لكل مشتر ، ولحريجي المعاهد الزراعية فيما لا يزيد على عشرين فدانا لكل منهم . ثم تقضى المادة ٤ مكررة من قانون الإصلاح الزراعى بأنه لا يجوز أن تؤخذ بالشفعة الأرض المتصرف فيها على الوجه المبين فى المادة ٤ سالفه الذكر . وحكمة منع الشفعة هنا أيضا واضحة ، فقد قصد القانون أن يكون التصرف لفئات معينة ، منها الأولاد والشفعة ممنوعة فى شأنهم من الأصل ، ومنها صغار الفلاحين ، ومنها خريجو المعاهد الزراعية ، وذلك كله بأقدار معينة . فإباحة الشفعة ، وانتزاع الأرض من أيدي هذه الفئات ، يضيع على المشروع غرضه . ومن ذلك ما قضت به المادة ٥٨ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ الخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها من أن العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتى تتصرف فيها طبقا لأحكام هذه القانون لا يجوز أخذها بالشفعة . والحكمة فى منع الشفعة هنا هى نفس الحكمة التى قدمناها فى التشريعات السابقة ، إذ التصرف فى هذه العقارات إنما يكون

فى هذه الحالة يتنافى مع طبيعة العقد ، وفيه تفويت للأغراض المقصودة منه (نقض مدنى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٧١٦ رقم ٦٠) .

لفئات معينة من صغار الملاك روعيت فيهم شروط واعتبارات خاصة ، فيضيع على المشرع غرضه لو أخذ هذه العقارات بالشفعة (١) .
ونستعرض الآن المواع الثلاثة من الشفعة المذكورة في المادة ٩٣٩ / ١ مدني سالف الذكر .

١٧٤ - البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون : رأينا أن المادة ٩٣٩ / ١ مدني تنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة « إذا حصل البيع بالمزاد العلني ، وفقا لإجراءات رسمها القانون » . فيشترط إذن لمنع الشفعة امران : (١) أن يكون البيع بالمزاد العلني . (٢) وأن يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون . ويتوافر هذان الشرطان في البيوع الآتية :

١ - بيع بالمزاد العلني الجبري أمام القضاء ، بناء على طلب الدائنين لترع ملكية عقار مدينهم لاستيفاء حقوقهم من ثمنه . فهذا دون شك بيع بالمزاد العلني ، ويجري وفقا لإجراءات رسمها تقنين المرافعات ، فلا تجوز فيه الشفعة .

٢ - بيع بالمزاد العلني أمام القضاء لعقار شائع لا تمكن قسمته عينا دون ضرر ، وهذا ما يسمى بقسمة التصفية (licitation) . وقد نصت المادة ٧١٨ مرافعات في هذا الصدد على أن « العقار المملوك على الشيوع ، إذا أمرت المحكمة ببيعه لعدم إمكان القسمة بغير ضرر . يجرى بيعه بطريق المزايدة بناء على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة من يعنيه التعجيل من الشركاء » . وهذا أيضا بيع بالمزاد العلني ، يجرى وفقا لإجراءات رسمها تقنين المرافعات (أنظر المواد ٧١٨ - ٧٢٠ و ٧٢٣ مرافعات) ، فلا تجوز فيه الشفعة .

(١) يضاف إلى ذلك أيضا أن الشفعة لا تجوز في بيع يكون من شأنه أن يزيد ما يملكه الشفيع من الأراضي الزراعية على الحد الأقصى الذي يسمح به قانون الإصلاح الزراعي . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه متى تبين أن الشفيع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتي فدان ، فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون فيما انتهى إليه من أن الحكم بالشفعة في هذه الحالة من شأنه مخالفة ما نصت عليه المادة الأولى من قانون الإصلاح الزراعي التي تقضي ببطلان كل عقد ترتبت عليه مخالفة ما نصت عليه تلك المادة من عدم جواز زيادة ملكية الفرد على مائتي فدان لتعلق حكم هذه المادة بقاعدة من قواعد النظام العام . ولا محل للاستناد إلى القانون رقم ٢٦٧ لسنة ١٩٥٦ الذي أجاز للأفراد أن يملكوا أكثر من مائتي فدان عن طريق الميراث

٣ - بيع الدولة لأملأها الخاصة بالمراد العلنى وفقا للإجراءات المقررة فى التشريعات الخاصة بذلك . فهذا بيع بالمراد العلنى أمام جهة الإدارة ، يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون ، فلا تجوز فيه الشفعة (١) .

٤ - الحجز الإدارى وبيع العقار المحجوز عليه لاستيفاء الضرائب بمختلف أنواعها وفقا لإجراءات قررتها تشريعات الضرائب (٢) ، فهذا أيضا بيع بالمراد العلنى ، أمام جهة الإدارة ، يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون ، فلا تجوز فيه الشفعة .

٥ - بيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب بالمراد العلنى ، أمام جهة القضاء . وتنص المادة ٧١٢ مرافعات فى هذا الصدد على أن « بيع عقار المفلس وعقار عديم الأهلية المأذون ببيعه وعقار الغائب ، بطريق المزايمة ، يجرى بناء على قائمة شروط البيع التى يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة وكيل الدائنين

= أو الوصية أو غير ذلك من أسباب كسب الملكية غير العقود ، وأباح هؤلاء أن يتصرفوا فيما زاد على المائتى فدان خلال سنة من كسب الملكية غير مقيدى بالقيود التى نص عليها قانون الإصلاح الزراعى فى خصوص من يملكون أكثر من مائتى فدان وقت صدوره . وذلك لأن حكم الشفعة وإن كان سببا مستقلا لكسب الملكية ، إلا أنه يأخذ حكم العقد ، إذ بحكم الشفعة تنصرف آثار عقد البيع إلى الشفع ، لأن الملكية فى حالة الحكم بالشفعة تكون قد اكتسبت بعمل إرادى من جانب الشفع ، وهو ما هدف المشرع إلى تحريمه إذا كان الشفع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتى فدان ، وإن فى إبداء تملك ما يزيد على مائتى فدان بالشفعة تحايلا على أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ . أما الوصية واليراث وما جرى مجراها من أسباب كسب الملكية ، فإن الأمر فيها يتم بغير سعى من جانب من آنت إليه الملكية (نقض مدنى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكامه النقض ٨ ص ٧٩٨) .

(١) ويستثنى من ذلك بيع مصلحة الأملاك لعقاراتها بالمراد بشرط مصادقة وزير المالية ، فتجوز الشفعة فى هذا البيع (نقض مدنى ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٣ ص ٦٠٧) . وعلى العكس من ذلك لا تجوز الشفعة فى بيع مصنعة الأملاك لأرض بطريق الممارسة بنمن روعى فى تقديره اعتبارات خاصة ، متى كان البيع مقصوراً على أشخاص معينين . ويعتبر البيع فى هذه الحالة متراوفا بين البيع والهبة والصلح ، لأن تقدير النمن تراعى فيه اعتبارات تتعلق بشخص المشتري من ناحية ، وبمصالح عب اجتماعية وسياسية من الناحية الأخرى ، وكل ذلك لا يمكن تقديره بنمن (نقض مدنى ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٢٣٠ - وانظر نقض مدنى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٧١٦ رقم ٦٠ آنفا فقرة ١٧٣ فى الهامش) .

(٢) أنظر فيما يخص بالحجز الإدارى القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ .

أو النائب عن عديم الأهلية أو الغائب » . ويجرى البيع وفقا لإجراءات رسمها تقنين المرافعات في المواد ٧١٣ - ٧١٧ منه . فهنا أيضا بيع بالمراد العلني أمام جهة القضاء ، يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون ، فلا تجوز فيه الشفعة .

٦ - بيع العقار المثل بتكاليف عينية بيعا اختياريا بالمراد العلني ، أمام جهة القضاء . وتنص المادة ٧٢٢ مرافعات في هذا الصدد على أنه « يجوز لمن يملك عقارا مقرر عليه حقوق امتياز أو اختصاص أو رهون رسمية أو حيازية ، لم يحصل تسجيل تنبيه بترع ملكيته . أن يبيعه أمام القضاء ، بناء على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة » . ويجرى البيع وفقا للإجراءات التي رسمها تقنين المرافعات لبيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب ، فيما عدا إخبار النيابة العامة بإيداع قائمة شروط البيع . فهنا البيع بيع اختياري بالمراد العلني . يجرى أمام القضاء وفقا لإجراءات رسمها القانون ، فلا تجوز فيه الشفعة (١) .

(١) أنظر مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدقي في محضر جلسة ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٧ . حيث لاحظ أحد الأعضاء « أن المادة ٧١٠ من قانون المرافعات المختلط (وهي المقابلة للمادة ٧٢٢ مرافعات جديد) الواردة في باب الحجز العقاري تعرض لحالة بيع العقار المثل بحقوق لصالح دائنين . وأن هذه المادة وإن كانت تحول المالك حق طلب بيع عقاره عن طريق القضاء ، إلا أنه يجب أن يكون المقصود من هذا البيع هو تخلص العين من حقوق مقررة عليها لصالح أجنبي ، حتى يتسنى للمالك أن يطالب هو نفسه ببيع عقاره ليحصل على أقصى ثمن تبقى له منه بقية بعد سداد ديونه . فمثل هذه الحالة تدخل في نطاق المراد العلني ، ولا كان البيع يحصل عن طريق القضاء وبطريقة علنية . فالرأي عدم جواز استعمال حق الشفعة في مثل هذا البيع » . وقال عضو آخر : « إن تقصى الأسباب التي حدثت بالشارع إلى وضع هذا النص (القاضي بمنع الشفعة في البيع بالمراد العلني) يهدينا إلى أنه رمي إلى تحقيق مصلحة اقتصادية تهدف إلى بيع العين المباعة بأعلى ثمن ممكن . فعلاية البيع وإجراءات المزايدة كفيلا في نظره بتمكين كل راغب في الأخذ بالشفعة من التدخل في المزايدة لشراء العين » . وعقب عضو ثالث بأنه « لا محل لتقرير الشفعة في مثل هذه الحالة ، مادام أن البيع علني ومباح للجميع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٦ في الهامش) - وانظر أيضا محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٢٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٨ ص ٤٥٩ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وغنى عن البيان أن البيع بالمراد العلني الذي يمنع فيه الأخذ بالشفعة يستوى الأمر فيه أن يكون جبريا أو اختياريا ، فإن حكمة المنع متوافرة في الفرضين ، إذ يستطيع الشفيع أن يدخل في المزايدة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٧) - وانظر أيضا ما دار من المناقشات في لجنة مجلس الشيوخ في خصوص منع الشفعة حتى في البيع الاختياري وفي « كل بيع بالمراد العلني يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون سواء في ذلك البيع الإداري أو القضائي » آنفا فقرة ١٧٣ في الهامش .

فهذه جميعا بيوع عقارية بالمزاد العلنى ، تقع أمام القضاء أو أمام جهة الإدارة ، وتكون جبرية أو اختيارية ، لاستيفاء ديون أو لتصفية عقار شائع أو لمجرد بيع العقار مع إحاطة البيع بضمانات كافية . وتجرى كلها وفقا لإجراءات رسمها القانون ، سواء كان هذا القانون هو تقنين المرافعات أو أى تشريع آخر . والمهم فى كل ذلك أن يكون هناك . كما قدمنا . بيع بالمزاد العلنى يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون (١) .

ومن ثم يخرج من هذا النطاق . فتجوز فيه الشفعة ، الحالتان الآتيتان (٢) :

(١) ولم يكن قانون الشفعة السابق بهذا الوضوح . فقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٣ منه تجرى على الوجه الآتى : « لاشفعة فيما بيع بالمزايدة لعدم إمكان القسمة بين الشركاء عينا ، أو لنزع الملكية قهراً أمام إحدى جهات الإدارة أو القضاء » . وقد اختلفت المحاكم ، فى عهد هذا القانون ، فى تفسير هذا النص . فبعض ذهب إلى وجوب الرجوع إلى الأصل الفرنسى لهذا النص ، ومنه يتبين أن هناك حالتين منفصلتين أحدهما عن الأخرى : حالة البيع الذى يجرى بالمزاد أمام جهة الإدارة كما إذا باعت إحدى الجهات الإدارية عقاراً مملوكاً ملكية خاصة بالمزاد العلنى فلا شفعة فى هذا البيع ، وحالة البيع الذى يجرى بالمزاد أمام القضاء لنزع الملكية جبراً بواسطة الدائنين أو لعدم إمكان قسمة العقار بين الشركاء فلا شفعة أيضاً فى هذا البيع (استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٧٥ ص ١٣٢ - أسبوط الكلية استئناف ٢٩ يناير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٣١ ص ٢١١ - استئناف مختلط ١٨ يوفيه سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٠٢ - ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٠٣) . وذهب بعض المحاكم الأخرى إلى وجوب التزام النص العربى ، وأنه يمكن أن يقع بيع بالمزاد العلنى أمام جهة الإدارة لنزع الملكية قهراً . إذ أن الجهات الإدارية تنزع ملكية العقارات لاستيفاء الضرائب كما تنفذ أحكام النفقات الصادرة من المحاكم الشرعية (مصر الكلية ٣٠ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٢٩ ص ٥٣٩) . أنظر فى هذه المسألة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٨ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٢٥ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٣٩ - إسماعيل غانم ص ٨٢ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٣٠٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٠ ص ٣٣٤ - ص ٣٣٥ .

(٢) وكانت هناك حالة قبل إلغاء المجالس الخسبية . وهى حالة بيع عقار القاصر أو المحجور عليه الذى كان يقع أمام هذه المجالس . وقد قضت محكمة النقض بأن البيوع التى ترخص المجالس الخسبية للأوصياء أو القوام فى إجراءاتها ليست من نوع البيوع الخاصة بطريق المزايدة العلنية التى منعت المادة الثالثة من قانون الشفعة من الاستشفاع فيها ، لأن الشارع لا يعنى بهذه البيوع إلا البيوع التى تباشرها الجهة القضائية أو الإدارية المختصة وفقاً لقواعد وإجراءات معينة قانوناً تضمن العلانية والطمأنينة لحماية ذوى الحقوق ، ثم توقعها حتماً لمن يرسو عليه المزاد (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٣٣ ص ١٠٧١ - وانظر أيضاً نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٨ - استئناف أسبوط ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٣٠ ص ٣١٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٥٢ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٥ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٢٨) .

١ - بيع المالك لعقاره بيعا حرا بالمزاد العلني ، دون أن يتقيد في ذلك بالإجراءات والشروط التي قررهما تقنين المرافعات لليوع الاختيارية التي تجرى بالمزاد العلني (انظر م ٧٢٢ مرافعات) . فقد يعمد المالك إلى بيع عقاره ، ولو لم يكن مثقلا بتكاليف عينية ، بالمزاد العلني . ويجرى في ذلك وفقا لإجراءات يضعها هو (١) ولا يتقيد فيها بالقانون ، قاصدا بذلك أن يحصل على أعلى ثمن ممكن لعقاره . فهذا البيع ، وإن كان بالمزاد العلني ، لم يجر وفقا لإجراءات رسمها القانون . فلا تحوطه ضمانات كافية ، ويستطيع المالك أن يجرى البيع ، كما يشاء وبالطريقة التي تروقه ، بل يستطيع ألا يرسى المزاد على أعلى مزايد إذا اشترط ذلك مقدما . ومن ثم تجوز الشفعة في هذا البيع ، لأنه لم يجر وفقا لإجراءات رسمها القانون (٢) .

٢ - بيع المالك عقاره بالمظاريف : فتقدم العطاءات في مظاريف مغلقة ، ولا يعلم أحد من المتقدمين للشراء بالعطاءات التي قدمها الآخرون . فهذا البيع لا تتوافر فيه العلانية ، ولا يزايد أحد على آخر فيه ، بل الكل يتقدمون بعطاءات سرية ليست نتيجة للمزايدة بين المتقدمين ، فلا يمكن اعتباره بيعا بالمزاد العلني . وحتى لو رسم له القانون إجراءات معينة ، وأجرى البيع وفقا لهذه الإجراءات ، فإنه يكون بيعا جرى وفقا لإجراءات رسمها القانون ، ولكنه لا يكون بيعا بالمزاد العلني . ومن ثم تجوز فيه الشفعة (٣) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه تجوز الشفعة في البيع الذي أجراه الخارسر على أموال الرعايا الألمان بالمزاد . لأن هذا المزاد لم يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون كما تتطلب ذلك المادة ٩٣٩ مدني ، إذ أن الخارسر ضمن قائمة شروط البيع ضرورة موافقته على الثمن الراسي به المزاد ، وعلى حقه في إلغاء البيع بدون إبداء أسباب . وهذه شروط تنطق بأن مثل هذا البيع ، ولو أنه يتم بالمزاد ، إلا أنه لا يتفق مع ما هو منصوص عليه قانونا بشأن البيوع الجبرية ووجوب رسوالمزاد فيها حتما على صاحب آخر عطاء بدون مصادقة أحد » (نقض مدني ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٣ ص ٦٠٧) .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٥٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٢٦ ص ٥٤٧ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٣٩ ص ٤٦٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٨ ص ٤٦٠ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة الثالثة من قانون الشفعة تنص على منع الشفعة فيما بيع بالمزايدة ، ومقصود الشارع من النص هو البيع بالمزاد طبقا لإجراءات وقواعد معينة قانونا تتضمن علانية العطاءات من جهة وإيقاع البيع حتما على صاحب العطاء الأكبر من جهة .

فلا بد إذن ، لامتناع الأخذ بالشفعة ، أن يكون البيع بالمزاد العلني ، وأن يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون . والحكمة في امتناع الأخذ بالشفعة في البيع على الوجه المتقدم تتمثل في أمور ثلاثة : (١) لما كان هذا البيع يجرى بالمزاد العلني وفقا لإجراءات تكفل له الضمانات الكافية والعلانية التامة ، فمن اليسير على الشفيع أن يعلم بأمره . وما عليه إذا أراد أخذ العقار إلا أن يدخل في المزاد ، فيحصل عليه من طريق لا يحتاج فيه إلى الشفعة . التي هي حق استثنائي يعطى بقدر الضرورة . (٢) لو أجاز الأخذ بالشفعة في هذا البيع ، لامتنع كثير من الدخول في المزاد خشية الأخذ بالشفعة . فمنع الشفعة إذن يوفر لهذا البيع دخول أكبر عدد ممكن من المزايدين . والحصول على أعلى ثمن ممكن . (٣) إلقاء الشفيع ، إذا أراد أخذ العقار ، إلى الدخول في المزاد

= أخرى ، بحيث يمكن للشفيع إذا كانت له رغبة في المبيع أن يشترك في الزيادة ويتابع الزيادة حتى يرسو عليه المزاد . ولما كان بيع أراضي الحكومة الخرة بطريق المظاريف ليس فيه من علانية العطاءات ما يسمح لراغب الشراء بمتابعة الزيادة ، ثم لما كان وقوع البيع لصاحب العطاء الأكبر غير مكفول لما هو محتفظ للحكومة من الحق المطلق في قبول أو رفض أى عطاء ، ولوجوب اعتماد وزير المالية للبيع في كل حل ، فالبيع بطريق المظاريف ليس هو البيع بالمزايدة ، فتجوز فيه الشفعة (نقض مدني ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمره رقم ٢٣٥ ص ٤٩٠) . وانظر أيضا في هذا المعنى أسيوط استئنافي ٢٩ يناير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٣١ ص ٢١١ - مصر الكلية ٣٠ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٢٩ ص ٥٣٩ . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البيع بالمزاد أمام جهة الإدارة الذي لا تجوز فيه الشفعة هو البيع الذي يحصل وفقا للإجراءات المنصوص عليها في دكرينو ٢٥ مارس سنة ١٨٨٠ ودكرينو ١٦ مارس سنة ١٩٠٠ للوصول بطريق الملكية نزع الملكية قهراً إلى الحصول على الأموال المتخرة ، وليس بيع العقارات الخاصة المملوكة للدولة الذي يقع بطريق المظاريف بناء على إعلان للجمهور ووفقا لشروط المنشور الوزاري المؤرخ ٢١ أغسطس سنة ١٩٠٢ فإن هذا البيع ، وإن جرى أمام جهة الإدارة ، ليس إلا بيعا اختياريا ولا يصير تاما إلا إذا وافقت عليه الحكومة (استئناف مختلط ١٨ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٨٠) . وانظر أيضا استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٠٢ - ١٨ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١٤ .

وانظر مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدقي في هذا الخصوص في محضر جلسة ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٦ في الهامش) . وانظر محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٣٥٢ ص ٣٥٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٢٩ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٢٩ ص ٤٦٣ - إسماعيل غانم ص ٨٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٨ ص ٤٦٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٠ ص ٣٢٤ - ص ٣٢٥ - حسن كيرة ص ١٤ .

من شأنه أن يصل بالثمن إلى حد أكبر من أعلى عطاء يتقدم به المزايديون ،
إذ لا بد للشفيع من أن يزيد على هذا العطاء الأعلى حتى يرسو عليه المزاد (١) .

١٧٥ - البيع بين الزوجين أو بين الأقارب أو الأصهار لدرجة معينة :

رأينا (٢) أن المادة ٩٣٩ (ب) مدني تنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة
« إذا وقع البيع بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب
لغاية الدرجة الرابعة ، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية » . ومنع القانون الشفعة
هنا لاعتبار في المشتري . فإذا باع المالك عقاره لمشتري تصلة به صلة وثيقة من
الزوجية أو القرابة أو المصاهرة ، فإن هذا البيع لا بد أن يكون قد لوحظت
فيه شخصية المشتري ويغلب أن المالك ما كان يبيع عقاره لسواه ، لذلك لا يجوز
للشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة وينتزع من يد المشتري . وقد عدد القانون على
سبيل الحصر فئات معينة يمتنع الأخذ منها بالشفعة . وهذه هي :

١ - بيع الزوج لزوجته . أو بيع الزوجة لزوجها . ففي هذا البيع
أو ذاك لا يجوز الأخذ بالشفعة (٣) .

٢ - بيع المالك لفروعه مهما نزلوا . أو لأصوله مهما علوا . فلا تقيد
القرابة هنا بدرجة معينة . فإذا باع الأب (أو الأم) عقاره لابنه أو لبنته أو
لابن ابنه أو لبنت ابنه أو لابن بنته أو لبنت بنته . مهما نزل الفرع ، فإن
الشفعة لا تجوز . كذلك إذا باع الابن (أو البنت) عقاره لأبيه أو لأمه أو
لأبي أبيه أو لأم أبيه أو لأبي أمه أو لأم أمه . مهما علا الأصل ، فإن الشفعة
أيضا لا تجوز .

٣ - بيع المالك لأحد من أقاربه من الحواشي لغاية الدرجة الرابعة ،
وقد كان قانون الشفعة السابق (م ٣) يقتصر في المنع على الدرجة الثالثة ،
فقد التقنين المدني الجديد المنع إلى الدرجة الرابعة تضييقا للأخذ بالشفعة (٤) .

(١) أنظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٣٥١ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٧٣ .

(٣) أما بيع المالك لمطلقة أو المطلقة لزوجها السابق ، أو بيع الخطيب لخطيبته أو الخطيبة
لخطيبها ، فتجوز فيه الشفعة (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٠ ص ٤٤٢) .

(٤) أنظر آنفا فقرة ١٧٣ في الهامش .

وحساب درجة الحواشي نصت عليه المادة ٣٦ مدني إذ تقول : « . . . وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك ، ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر . وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة » (١) . ومعنى ذلك أن الأخ يعتبر بالنسبة إلى أخيه في الدرجة الثانية ، إذ أن الأصل المشترك للأخوين هو الأب . فيحسب الأخ درجة . ومنه نصل إلى الأب وهو الأصل المشترك فلا يحسب . ثم نترل من الأب إلى الأخ الآخر فيحسب هذا أيضا درجة . فهاتان درجتان . ويكون البيع الصادر من الأخ لأخيه أو لأخته . أو الصادر من الأخت لأخيها أو لأختها ، يبعلا تجاوز فيه الشفعة . ويعتبر العم بالنسبة إلى ابن أخيه في الدرجة الثالثة . إذ أن الأصل المشترك هو الجد . فيحسب العم درجة ، ومنه نصل إلى الجد وهو الأصل المشترك فلا يحسب . ثم نترل من الجد إلى ابن الأخ بدرجتين . للأخ درجة ولابنه درجة ثانية . فيكون مجموع الدرجات ثلاثا . وقل مثل ذلك عن العمة والخال والحالة . ويكون البيع الصادر من العم أو العمة أو الخال أو الحالة لابن أخيه أو لابن أخيها أو لابن أخته أو لابن أختها يبعلا واقعا بين أقارب من الدرجة الثالثة . فلا تجاوز فيه الشفعة . وكذلك لا تجاوز الشفعة في البيع الصادر من ابن الأخ لعمه أو ابن الأخت لخاله وهكذا . لأن البيع واقع أيضا بين أقارب من الدرجة الثالثة . ويعتبر ابن العم بالنسبة إلى ابن عمه في الدرجة الرابعة ، إذ أن الأصل المشترك بينهما هو الجد . فنصل من ابن العم إلى الجد بدرجتين ، ولا نحسب الجد . ثم نترل من الجد إلى ابن العم الآخر بدرجتين ،

(١) وهذا هو عين ما كان القضاء يأخذ به في حساب الدرجات قبل صدور التقنين المدني الجديد (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦١ ص ٤٥٢) . وقد قضى بأن القرابة المانعة من الشفعة مسألة مدنية متفرعة عن دعوى الشفعة ، وتدخل في صميم اختصاص المحكمة المنظورة أمامها دعوى الشفعة ، احتراماً للمبدأ القائل بأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع . والقول بغير هذا الرأي يترتب عليه أنه كلما عرضت مسألة القرابة في دعوى من الدعاوى التي لا يمكن الفصل فيها إلا بشيوتها ، كدعوى رد الخبراء ورد القضاء ورد الشهود ، وجب على القضاء أن يقف الدعوى حتى يفصل من قضاء الأحوال الشخصية فيها ، وهو ما لا يمكن التسليم به ، وفيه اعتداء على سلطة القضاء العادي من جهة ، وتعطيل لمصالح المتقاضين من جهة أخرى (مطهلاً ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ١٠ رقم ٣٨٥ ص ٧٧٣) . وانظر استئناف وطني ١٤ يونيه سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٢١ ص ٤٧ .

فيكون مجموع الدرجات أربعا . ويكون البيع الصادر من ابن العم لابن عمه بيعا واقعا بين أقارب من الدرجة الرابعة ، فلا تجوز فيه الشفعة . وكذلك قل عن بنت العم وابن العم وابن الخال وبنت الخال وابن الخالة وبنت الخالة ، كل هؤلاء أقارب من الدرجة الرابعة . فالبيع الذي يقع بينهم لا تجوز فيه الشفعة (١) . ولكن البيع الواقع بين الشخص وابن ابن عمه يكون بيعا واقعا بين أقارب من الدرجة الخامسة ، فتجوز فيه الشفعة .

٤ - بيع المالك لأحد من أصهاره لغاية الدرجة الثانية . وقد كان قانون الشفعة السابق لا يمنع الشفعة في البيع الواقع بين الأصهار أصلا (٢) . ومنعها التقنين المدني الجديد بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية كما قدمنا . « نظرا لأن صلتهم لا تقل في غالب الأحيان عن صلة الأقارب ، وقد روى الوقوف عند الدرجة الثانية توخيا للتضييق . وذلك تحقيقا للفكرة المقصودة من النص وهي استبعاد الأجنبي على اعتبار أن الصفقة عائلية » ، كما قيل في لجنة مجلس الشيوخ وهي التي استحدثت هذا النص (٣) . ولحساب درجة المصاهرة يرجع إلى المادة ٣٧ مدني . وهي تنص على أن « أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر » . فالزوج يعتبر في الدرجة الأولى . من ناحية المصاهرة ، بالنسبة لأبي زوجته أو لابن زوجته من زوج آخر ، لأن كلا من أبي الزوجة وابنها يعتبر بالنسبة إليها في الدرجة الأولى ، فكذلك يعتبر كل منهما في الدرجة الأولى بالنسبة إلى الزوج . وعلى ذلك يكون البيع الصادر من الزوج لأبي زوجته أو أبي الزوجة للزوج ، وكذلك البيع الصادر من الزوجة لأبي زوجها أو الصادر من أبي الزوج للزوجة ، كل

(١) وقد قضى بأنه إذا بيع عقار على الشيوع لعدة أشخاص ، وكان من بينهم شخص قريب للبائع لغاية الدرجة الرابعة ، فامتنعت الشفعة بالنسبة إليه ، امتنعت الشفعة أيضا بالنسبة إلى باقي المشترين حتى لا تتجزأ الصفقة (سوهاج الجزئية ٢٧ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١٢٨ ص ١٨١) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة ، تطبيقا لذلك ، بجواز الشفعة في حالة البيع من الأب لزوجته ابنة أو من الأم لزوج بنتها (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٠٠) .

(٣) أنظر آنفا فقرة ١٧٢ في الهامش .

هذا بيع صادر بين الأصهار من الدرجة الأولى ، فلا تجوز فيه الشفعة . وأخو الزوجة يعتبر في الدرجة الثانية ، من ناحية المصاهرة ، بالنسبة إلى الزوج ، لأن أخا الزوجة يعتبر بالنسبة إليها في الدرجة الثانية فكذلك يعتبر في نفس الدرجة بالنسبة إلى الزوج . فالبيع الصادر من الزوج لأخي زوجته ، أو الصادر من أخي الزوجة للزوج ، يعتبر بيعا واقعا بين أصهار من الدرجة الثانية ، فلا تجوز فيه الشفعة . أما البيع الصادر من الزوج لعمة الزوجة مثلا ، وعم الزوجة يعتبر في الدرجة الثالثة بالنسبة إلى كل من الزوجة والزوج ، فإنه بيع تجوز فيه الشفعة لأن درجة المصاهرة هنا تجاوزت الدرجة الثانية .

والحكمة في منع الشفعة في الأحوال المتقدم ذكرهما هي ، كما قدمنا ، أن المشتري روعيت فيه اعتبارات خاصة بشخصه فلا يجوز للشفيع أن ينتزع العقار المبيع من تحت يده ، أو كما قالت لجنة مجلس الشيوخ « هي استبعاد الأجنبي على اعتبار أن الصفقة عائلية » (١) . ولكن لا يفهم من ذلك أن الشفيع ، في البيوع المتقدم ذكرها ، يأخذ بالشفعة لو كان هو أيضا أحد أقارب البائع . فإن هذه البيوع ممنع فيها الأخذ بالشفعة أصلا للاعتبارات الخاصة بشخص المشتري ، حتى لو كان الشفيع في نفس درجة قرابة المشتري (٢) ، بل وحتى لو كان أقرب منه إلى البائع . فلو صدر البيع من ابن العم لابن عمه لم يجز الأخذ بالشفعة في هذا البيع . لأنه بيع بين أقارب من الدرجة الرابعة كما قدمنا . ويستوى في ذلك أن يكون الشفيع أجنبيا ، أو يكون ابن عم آخر للبائع أي في درجة المشتري ، أو يكون أقرب إلى البائع من المشتري كأن يكون زوجا أو ابنا أو بنتا أو أبا أو أما أو أخا أو أختا . ومهما دنت قرابة الشفيع من المالك ، فإن البيع لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة أصلا (٣) ، ولذلك

(١) أنظر آنفا فقرة ١٧٣ في الهامش - ويغلب أيضا أن يكون بيع المالك لزوج أو لأحد من أقاربه أو أصهاره من الدرجة المتقدم ذكرها هبة مستترة في صورة بيع أثر بها المالك لزوج أو قريبه أو صهره ، أو في القليل بيعا حوبى فيه المشتري فدفع ثمنا أقل بكثير من قيمة العقار المبيع (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٦٢) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بعدم جواز الأخذ بالشفعة في الحالة التي يكون فيها المشتري والشفيع كلاهما من أولاد البائع ، لأن هذا النوع من البيع وإن لم يكن في الحقيقة هبة ، ففيه محاباة لا يصح أن يستفيد منها إلا الشخص المقصود بها دون غيره (استئناف وطني ٨ أبريل سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٩٩ ص ٢٠٢) .

(٣) أنظر في هذا المعنى محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٢٠ ص ٥٥١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٠ ص ٤٤٢ .

لا محل هنا للمفاضلة بين الشفيع والمشتري كما تقع المفاضلة فيما بين الشفعاء المتعديدين فيما سئرى .

١٧٦ - العقار قد يبيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة :

رأينا ^(١) أن المادة ٩٣٩ (ج) مدنى تنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة « إذا كان العقار قد يبيع ليجعل محل عبادة ، أو ليلحق بمحل عبادة » . فمنع القانون الشفعة هنا لاعتبار دينى قدمه على مصلحة الشفيع ، وقد كان هذا هو الحكم أيضا فى قانون الشفعة السابق (م ٦) .

فاذا باع المالك أرضه لمشتري بقصد أن يخصص المشتري الأرض لبناء مسجد فوقها ، أو ليلحقها بمسجد قائم لتوسيع المسجد أو لتكون دورة للمياه مثلا أو لتكون مقصورة تخصص للنساء إذا اتين المسجد للصلاة أو نحو ذلك ، فهنا يكون العقار قد يبيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة ، فلا تجوز الشفعة فى هذا البيع . حتى لا يضيع على المشتري غرضه الدينى الذى أراد أن يحققه . وإذا ادعى الشفيع أن الغرض المذكور فى البيع من أن العقار قد يبيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق به غير مطابق للحقيقة . وإنما هو قد ذكر تهربا من الشفعة ومنعا للأخذ بها . فعلى الشفيع أن يطلب الشفعة فى مواعيدها ، وأن يثبت أن سبب البيع المذكور فى العقد لا صحة له ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق .

ولا يقتصر الأمر فى محل العبادة على الدين الإسلامى . بل هو يتناول كل دين آخر من الأديان المعروفة . فيتناول المنع من الشفعة كل دور العبادة ، كالمساجد والكنائس والبيع والحاخامات وغيرها من المعابد . ولكنه لا يتناول عقارا يبيع لغرض دينى آخر غير العبادة ، كعقار يباع ليجعل دارا لتحفيظ القرآن أو معهدا دينيا أو مقرا لجمعية دينية ^(٢) .

كذلك لا يتناول المنع عقارا يبيع ليكون مدرسة أو مبرة أو ملجأ أو مستشفى أو مصحة أو مؤسسة اجتماعية من أى نوع كان . ويجوز فى هذا البيع الأخذ بالشفعة . وقد تقدم فى هذا الصدد اقترح من أحد أعضاء لجنة

(١) أنظر آتفا فقرة ١٧٣ .

(٢) محمد على عرقة ٢ فقرة ٣٣٤ .

مجلس الشيوخ للجنة يرمى إلى « التسوية في الحكم بين محل العبادة وبين المدارس والمؤسسات الاجتماعية ، حتى تتحقق نفس الحكمة من تمكين المشتري من أن يخصص العقار لهذه الأغراض كلها ، ولكن اللجنة لم توافق على هذا الاقتراح » (١) .

المطلب الثاني

وجود شفيع

١٧٧ - مسألتاه : وقد قدمنا (٢) أن شروط الأخذ بالشفعة تتلخص في أمرين : بيع عقار ووجود شفيع . وقد بحثنا بيع العقار ، وننتقل الآن إلى وجود الشفيع .
وهناك مسألتان نببحثهما في صدد وجود الشفيع : (١) من هم الشفعاء . (٢) تعدد الشفعاء وتزاحمهم .

§ ١ - من هم الشفعاء

١٧٨ - صفة الشفيع وشروطه : وفي تحديد من هم الشفعاء نبين :
(١) من تثبت له صفة الشفيع . (ب) الشروط الواجب توافرها في الشفيع .

(١) من تثبت له صفة الشفيع

١٧٩ - نص قانوني : تنص المادة ٩٣٦ مدني على ما يأتي :

« يثبت الحق في الشفعة » :

- (١) « لمالك الرقبة ، إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه » .
- (ب) « للشريك في الشيوع . إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي » .
- (ج) « لصاحب حق الانتفاع . إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها » .
- (د) « لمالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة » .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٧٣ في الهامش .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٦٥ .

(هـ) « للجار المالك في الأحوال الآتية : (١) إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء ، سواء أكانت في المدن أم في القرى . (٢) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة . (٣) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين ، وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يثبت الحق في الشفعة : (أ) لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع فيما يملك رقبة ، سواء تناول البيع كل الحق أو بعضه . (ب) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة فيما يملك الانتفاع به ، سواء تناول البيع كل الرقبة أو بعضها . (ج) للشريك في الشيوع إذا بيعت حصة أو أكثر في العقار لأجنبى . (د) لمالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر ، والمستحكر إذا بيعت الرقبة . (هـ) للجار المالك في الأحوال الآتية : (١) إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء ، سواء أكانت في المدن أم في القرى . (٢) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة . (٣) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من الثمن نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة (هـ) الخاصة بشفعة الجار في أحوالها الثلاث « أخذا بما يراه بعض الفقهاء الشرعيين من أن الحوار ليس سببا من أسباب الأخذ بالشفعة » ، وذكر في المحضر عدم انطباق الفقرة (د) الخاصة بالحكر على الوقف ، وأصبح رقم المادة ١٠٠٨ في المشروع النبأى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أعيدت شفعة الجار مقيدة ، وذلك بإضافة الفقرة (هـ) على الوجه الآتى : (هـ) للجار المالك في الأراضي الزراعية إذا كانت أرضه لها أو عليها بالنسبة للأرض المشفوع فيها حق ارتفاق ، وكانت قيمة أرضه تساوى على الأقل نصف ثمن الأرض المشفوع فيها ، وأصبح رقم المادة ١٠٠٥ . وفى مجلس النواب احتدمت المناقشة في شفعة الجار (أنظر ما سبق ذكره في هذا الصدد آنفا فقرة ١٦٤ فى الهامش) ، وانتهت إلى إضافة شفعة الجار في جميع أحوالها الثلاث وتعديل النص بحيث أصبح مطابقا لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، تحت رقم ١٠٠٥ . وفى لجنة مجلس الشيوخ أعيدت مناقشة الفقرة (هـ) الخاصة بشفعة الجار ، فرأى أحد الأعضاء « حذفها أو الأخذ بنص لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب الذى قصر الشفعة بالنسبة للجار المالك على الأراضي الزراعية ، وذلك لأن علاقة الحوار قد تقلص ظلها ولم يعد لها أى اعتبار » ، ورأى عضو آخر « حذف الشفعة في الأراضي الزراعية وإبقاها في المباني » ، ورأى رئيس اللجنة الإبقاء على نص مجلس النواب من غير تعديل ، فوافقت اللجنة بأغلبية الآراء على النص كما عدله مجلس النواب ، وأصبح رقمه ٩٣٦ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٧ - ص ٣٨٥) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادتين ٢١ و ٢١(١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٤٠ - وفي التقنين المدني العراقي
م ١١٢٩ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٣٩ (٢) .

(١) قانون الشفعة السابق م ١ : يثبت حق الشفعة لمن يأتي : (أولاً) للشريك الذي له
حصة شائعة في العقار المبيع . (ثانياً) للجار المالك في الأحوال الآتية : إذا كان العقار المشفوع
من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء كانت في المدن أو في القرى - إذا كان للأرض
المشفوعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض
المشفوعة إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين ، وتساوى النصف من
نصف الأرض المشفوعة على الأقل .

م ٢ : يعد شريكاً في العقار المشفوع من يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بعضه ،
وله طلب الشفعة إذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه .
(ونصوص قانون الشفعة هذه توافق في مجموعها نصوص التقنين المدني الجديد ، ويزيد
التقنين المدني الجديد على الشفعة مالك الرقبة والمحتكر) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤٠ : يثبت الحق في الشفعة : (أ) لمالك الرقبة إذا بيع كل حق
الانتفاع الملازم لها أو بعضه . (ب) للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى
أجنبي . (ج) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملازمة لهذا الحق أو بعضها .
(ولا يعطى التقنين الليبي حق الشفعة للجار أصلاً) .

التقنين المدني العراقي م ١١٢٩ : تثبت الشفعة : (أولاً) للشريك في العقار الشائع .
(ثانياً) للخليط في حق ارتفاق للعقار المبيع . (ثالثاً) للجار الملاصق في الحالتين الآتيتين :
(أ) إذا كان العقاران المشفوع والمشفوع به من البور أو من الأراضي المعدة لبناء الدور .
(ب) إذا كان للعقار المبيع حق ارتفاق على عقار الجار ، أو كان للجار حق ارتفاق على
العقار المبيع .

م ١١٣٠ : ١ - يعتبر الشريك في أرض حائط في حكم الشريك في نفس العقار ،
ويأتي في مرتبته بعد الشريك في الشيوع مباشرة . ٢ - وإذا كان السفلى والعلو لشخصين
مختلفين ، اعتبر كل منهما جاراً ملاصقاً للآخر . (ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري
فيما يأتي : (١) لا يعطى للجار حق الشفعة في الحالة الثالثة من أحوالها . (٢) يعطى الشفعة
للخليط (الشريك) في حق ارتفاق للعقار المبيع . (٣) يعتبر الشريك في أرض مقام عليها
بناء في حكم الشريك في العقار كله) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٣٩ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) :

يثبت الحق في الشفعة : (١) لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع فيما يملك رقبة ، سواء تناول =

ويخلص من النص سالف الذكر أن المشرع استهدى باعتبارات ثلاثة لإثبات صفة الشفيع ، منها اعتبار غريب عن الفقه الإسلامى ، واعتبار مختلف فيه فى هذا الفقه . وهذه الاعتبارات هى :

(الاعتبار الأول) هو لم شتات الملكية بعد تفرقها ، وهذا الاعتبار هو الغريب عن الفقه الإسلامى . وكان مع ذلك اعتبارا مسلما به فى قانون الشفعة السابق (م ٢ من هذا القانون) ، وكان اعتبارا أساسيا لاستبقاء الشفعة فى لجنة الأستاذ كامل صدق (١) . ويتمثل هذا الاعتبار فى إثبات صفة الشفيع للمالك الرقبة حتى يلم شتات الملكية بضم حق الانتفاع إلى الرقبة ، وفى إثبات صفة الشفيع لصاحب حق الانتفاع حتى يلم شتات الملكية

= البيع كل الحق أو بعضه . (٢) للشريك فى الشيوع إذا بيعت حصة أو أكثر فى العقار الشائع من أجنبي . (٣) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة فيما يملك الانتفاع به ، سواء تناول البيع كل الرقبة أم بعضها . (٤) لمالك الرقبة فى الحكر أو السطحية أو الإيجارتين أو الإجارة الطويلة العينية المنصوص عليها فى القرار رقم ١٢ ل.د. الصادر فى ١٦ كانون الثانى سنة ١٩٣٤ . (٥) للجار الملاحق المالك ، إذا كان للعقار المبيع حق ارتفاق على عقاره ، أو كان حق الارتفاق لعقاره على العقار المبيع ، أو كان لعقاره وللعقار المبيع اشتراك فى ملكية الطريق الخاص أو الخائض أو فى حق الشرب الخاص . (٦) لأصحاب طوابق البناء المتعددة عند بيع أحد هذه الطوابق .

(ويختلف القانون اللبنانى عن التقنين المصرى فيما يأتى : (١) لا يعطى الجار حق الشفعة إلا فى حالة حق الارتفاق أو الاشتراك فى حائط أو طريق خاص أو شرب خاص . (٢) يعطى لمالك الرقبة حق الشفعة فى السطحية والإيجارتين والإجارة الطويلة والإجارة العينية) .

(١) ذكر أحد أعضاء هذه اللجنة ، فى بداية الأمر ، « أنه يرى عدم الإقرار بحق الشفعة سواء لمالك الرقبة أو لصاحب حق الانتفاع ، لانعدام المصلحة العملية فى ذلك ، إذ أن حق الانتفاع نظام نادر التطبيق فى مصر » . فعارض أعضاء آخرون هذا رأى ، ورأوا « الإبقاء على حق الشفعة لصالح كل من مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع لجمع الحقين فى شخص واحد » . وقال رئيس اللجنة « إنه لا يؤيد الرأى القائل بإلغاء حق الشفعة ، ذلك الحق الذى يقضى على كثير من المنازعات بجمع عناصر الملكية المجزأة فى شخص واحد » . وبعد المناقشة وافقت اللجنة بالإجماع على استبقاء حق الشفعة لمالك الرقبة . وبالأغلبية على استبقائه لصاحب حق الانتفاع . ثم تساءل أحد الأعضاء عما إذا كان حق الشفعة يسرى كذلك بالنسبة إلى المحنكر ، فأجاب الرئيس بعدم إمكان التمليم بحق الشفعة للمحنكر ، لأن الحكر يفترض وجود وقف ، وأشار مع ذلك إلى حالة بعض المستحكرين المرخص لهم فى البناء على أرض الغير واقترح منح هؤلاء حق الشفعة فى الأرض التى أقاموا عليها مبانيهم ، فوافقت اللجنة على هذا الاقتراح (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٩ - ص ٣٦٣ فى الهامش) .

بضم الرقبة إلى حق الانتفاع ، وفي إثبات صفة الشفيع لكل من مالك الرقبة إذا بيع حق الحكر وللمستحكر إذا بيعت الرقبة وهذا ما استحدثه التقنين المدني الجديد « جمعا لما تفرق من حق الملكية . وابتغاء لوسيلة جديدة ينتهى بها حق الحكر وهو حق غير مرغوب فى بقاءه » (١) .

(والاعتبار الثانى) هو إبعاد الأجنبي من أن يقتحم نطاق الشركاء فى الملكية الشائعة والتقليل من عدد هؤلاء الشركاء كلما أمكن ذلك ، فثبت للشريك فى الشيوع صفة الشفيع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبي . وهذا الاعتبار هو المسلم به اتفاقا . سواء كان ذلك فى الفقه الإسلامى أو كان فى التشريعات المتعاقبة الخاصة بالشفعة فى التقنين المدني السابق وفى قانون الشفعة السابق وفى التقنين المدني الجديد .

(والاعتبار الثالث) هو منع مضايقات الحوار . فثبتت صفة الشفيع للجار المالك فى أحوال ثلاث . وهذا الاعتبار مختلف فيه فى الفقه الإسلامى ، فالحنفية هم الذين يسلمون به ، أما المذاهب الثلاثة الأخرى فلا تعتبر الحوار سببا للأخذ بالشفعة . وقد كان هذا الاعتبار محلا للمناقشة فى لجنة الاستاذ كامل صدقى . فأيده بعض الأعضاء وعارضه بعض آخر (٢) . وجعل المشروع

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ - ص ٣٦٤ .

(٢) وقد عارض مقرر اللجنة فى إعطاء حق الشفعة للجار « وذلك رغم الاعتبارات التى استند إليها فى تأييد هذا الحق والتى ترجع فى أصلها إلى تقاليد تاريخية وأخرى دينية فندها تفصيلا فى تقريره ، إذ أن حق الشفعة ينطوى على اعتداء صارخ على حق الملكية الذى من خصائصه الأساسية حرية التصرف » . وعقب أحد الأعضاء بأنه « فيما يتعلق بحق الشفعة بالنسبة إلى الجار ، فإنه يرى استبعاده ، إذ أن التقاليد والعادات الاجتماعية التى أوحى فى الماضى باقرار هذا الحق قد طرأ عليها التغير » . ولكن أحد الأعضاء رأى الإبقاء على حق الشفعة لصالح الجار فى حالة وجود حق ارتفاق على الأقل . وقال رئيس اللجنة مؤيدا لهذا رأى الأخير إنه « يرى الاعتراف بحق الشفعة للجار فى حالة وجود ارتفاق على الأقل . وقال إنه كثيراً ما يحصل فى الأراضى الزراعية أن توجد لصالح عدة ملاك حقوق ارتفاق للرى من ترعة خاصة ، وإن وجود هذه الارتفاقات المشتركة يثير مشاكل عدة بين هؤلاء الملاك ويؤدى أحيانا إلى اضطرابات ربما تيسر تجنبها بالتسليم بحق الشفعة لكافة المتفعين بحق الارتفاق ولولم يجمع بينهم الحوار ، إذ أن التوسع فى حق الشفعة فى مثل هذه الحالة تقضى به ضرورات عملية » . فعقب أحد الأعضاء =

التمهيدى للتقنين المدنى الحديد الجوار فى أحواله الثلاث سببا للأخذ بالشفعة ، ثم ألغى أصلاً فى المشروع النهائى أمام لجنة المراجعة ، وأعادته فى إحدى أحواله الثلاث لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب ، وأعادته مجلس النواب كاملاً فى أحواله الثلاث بعد مناقشات طويلة سبقت الإشارة إليها (١) ، وأقر ذلك مجلس الشيوخ . فأصبح الجوار بجميع أحواله سببا من أسباب الأخذ بالشفعة فى التقنين المدنى الحديد ، كما كان الأمر فى قانون الشفعة السابق (٢) .

ولما كانت المادة ٩٣٦ مدنى قد عدت الشفعاء مرتبين ، فنستعرضهم هنا بهذا الترتيب الذى يتفاضلون به عند تراحمهم كما سنرى .

١٨٠ - مالك الرقبة : تثبت صفة الشفيع ، فى المرتبة الأولى ، « لملك

الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه » (م ٩٣٦ بند ١ مدنى) .

« على هذا بأنه على الرغم مما يبدو من أهمية السبب الذى أيداه الرئيس للتوسع فى حق الشفعة حتى يشمل الحالة التى نوه عنها ، فإنه لا يرى إقرار هذا التوسع إذ لن يتسنى تنظيم حق الشفعة فى مثل هذه الحالة تنظيمًا عملياً » . وأضاف أحد الأعضاء « أنه يرى عدم الإقرار بحق الشفعة لصالح الجار المالك » . فعقب عضو آخر بأنه « لما كان الاستغلال الزراعى باهظ التكاليف ، فإن من المصلحة تقرير حق للشفعة لصالح الجار لتخفيف أعباء هذا الاستغلال » . وانتهت اللجنة ، بأغلبية الآراء ، إلى استبقاء حق الشفعة بالنسبة إلى الجار فى حالة وجود حق ارتفاق . وأشار رئيس اللجنة إلى حالة ملكية الطبقات ، ورأى قياس هذه الحالة على حالة الملكية المشتركة ، فوافقت اللجنة على هذا رأى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٩ - ص ٣٦٣ فى الهامش) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٦٤ فى الهامش .

(٢) وأخكمة من الشفعة بسبب الجوار منع مضايقات الجوار ، ولكن إذا توافرت شروط الأخذ بالشفعة جاز الأخذ بها ، ولا يمتد بما إذا كانت الحكمة قد توافرت أو لم تتوافر . وقد قضى حكم قديم بغير ذلك ، وبأن الشفعة شرعت لمنع الضرر بسبب الجوار ، فإذا لم يحدث ضرر جديد للشفيع بالبيع كما لو كان بين أفراد عائلته واحدة والمشتري مجاور لكل منهم من قبل ، فلا شفعة (مصر الكلية ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ حقوق ١٤ ص ٦٦) . ولكن هذا الحكم لم يكن له صدق فى القضاء المصرى ، وعلى العكس من ذلك قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا توافرت فى الشفيع الشرائط المقررة قانوناً لأخذ المبيع بالشفعة ، فلا يجوز دفع دعواه بأن ضرر سوء الجوار الذى شرعت الشفعة من أجل رفعه ليس متحققاً (استئناف وطنى ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ٢ رقم ١٤٢) . وقضى أيضاً بأنه وإن كانت حكمة الشفعة هى الرغبة فى رد أذى الشريك الحديد ، إلا أن الشارع قررها مطلقاً لكل من توافرت فيه شروطها . وعلى ذلك لا يتوقف قبول دعوى الشفعة على توافر حكمها (طنطا الكلية ١٧ مايو سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٦٢ ص ٣٤٠) .

وهذه الحالة ، وإن كانت نادرة الحصول في العمل ^(١) ، يمكن أن نتصور تحقيقها في فروض مختلفة .

وأبسط هذه الفروض أن يكون هناك عقار مملوك لشخص . وقد رتب عليه حق انتفاع لآخر . فإذا باع صاحب حق الانتفاع حقه . كان لمالك العقار وقد أصبح بعد ترتيبه لحق الانتفاع ما لكاً للرقبة أن يشفع في حق الانتفاع المبيع . فإذا ما أخذ هذا الحق بالشفعة لم شتات ملكيته . وعاد كما كان مالكا للعقار ملكية تامة . وهذا هو الغرض الذي من أجله أعطى مالك الرقبة الحق في أن يأخذ بالشفعة حق الانتفاع . وفي هذا الفرض المبسط لا نرى شفيعا آخر يزاحم مالك الرقبة في أخذ حق الانتفاع بالشفعة .

وفي فرض آخر أكثر تعقيدا . يرتب مالك العقار حق انتفاع لمصلحة شخصين (أو أكثر) في الشيوع . فإذا باع أحد الشر يكتسب حصته الشائعة في حق الانتفاع ونفرض أنها النصف . كان لمالك الرقبة أن يشفع في هذه الحصة المبيعة . فيصبح مالكا ملكية تامة لنصف العقار . ومالكاً للرقبة النصف الآخر . وهو إذا لم يكن في هذا الفرض قد لم شتات الملكية على وجه تام ، فإنه تمكن من لم شتاتها في نصف العقار . ولا يستطيع الشريك الآخر في حق الانتفاع أن يزاحم مالك الرقبة في أخذ الحصة الشائعة المبيعة في حق الانتفاع بالشفعة . لأن مالك الرقبة مقدم في الترتيب على الشريك في الشيوع كما سترى .

وهناك فرض أكثر تعقيدا من الفرضين المتقدمين . يملك فيه العقار اثنان في الشيوع (كل بمقدار النصف مثلا) . ويرتب الاثنان معاً على العقار الشائع حق انتفاع لشخص آخر . فيصبحان مالكين في الشيوع للرقبة العقار . فإذا باع صاحب حق الانتفاع حقه . فلا شك في أن مالكي الرقبة يستطيعان أن يأخذا معاً بالشفعة حق الانتفاع المبيع . فيعودا كما كانا مالكين للعقار ملكية تامة . كذلك يستطيع أحد مالكي الرقبة وحده أن يأخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع . إذ هو النصف « الملبس » للنصف الذي يملكه في الرقبة ، فيعود

(١) ويلاحظ أن الذي يملك بالشفعة هنا ليس هو حق الملكية . بل هو حق الانتفاع . فالشفعة تكون في هذه الحالة سبباً لكسب حق الانتفاع (أنظر م ١٩٨٥ مدني) .

كما كان مالكا لنصف العقار في الشيوع ملكية تامة ، ويبقى المالك الآخر للرقبة الذى لم يأخذ بالشفعة مالكا لنصف الرقبة فى حين أن المشتري لحق الانتفاع يستبقى نصف هذا الحق . وعلى هذا الوجه يكون نصف العقار فى الشيوع مملوكا لأحد المالكين ملكية تامة ، والنصف الآخر يملك رقبة المالك الآخر ويملك حق الانتفاع فيه المشتري لحق الانتفاع . وقد يعترض المشتري لحق الانتفاع على هذه النتيجة ، ويتمسك بعدم تفرق الصفقة عليه ، إذ هو قد اشترى كل حق الانتفاع ولم يخلص له إلا نصفه . ففى هذه الحالة يكون له الحق فى إجبار مالك نصف الرقبة الذى أخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع على أن يأخذ أيضا النصف الآخر لحق الانتفاع منعا لتفريق الصفقة ، أو أن يترك الشفعة فى نصف حق الانتفاع الذى أراد أخذه . فان أخذ مالك نصف الرقبة كل حق الانتفاع أصبح مالكا لنصف العقار ملكية تامة ومالكا لحق الانتفاع فى النصف الآخر ، وإن ترك الشفعة خالص لمشتري حق الانتفاع حقه كاملا ولا تتفريق عليه الصفقة ، ويبقى مالكا للرقبة كما هما ما لكان للرقبة فى الشيوع بعد أن ترك كل منهما حق الأخذ بالشفعة (١) .

(١) وقد قدمنا أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد كان يتضمن نصا يقضى بغير هذا الحكم . فقد كانت المادة ١٣٨٥ من هذا المشروع نص على أنه « ١ - لاشفعة إن سئل البيع فى نفس الوقت وبشمن واحد . غير الحق الذى يجوز أخذه بالشفعة ، حقوقا أخرى لاشفعة فيها . ٢ - إلا أنه إذا كان يملك المنفعة أو الرقبة أشخاص متعددون وبيع كل الرقبة أو كل المنفعة ، فإن هؤلاء الأشخاص أن يطلبوا الأخذ بالشفعة مجتمعين » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى الفرض الذى نحن بصدده : « إذا كان يملك الرقبة أشخاص متعددون وبيع حق المنفعة كله ، فإن أحدا من أصحاب الرقبة لا يستطيع أن يشفع وحده فى الجزء من حق المنفعة الذى يقابله ما يملك من الرقبة حتى لا تتجزأ الصفقة ، كما لا يستطيع أن يشفع وحده فى حق المنفعة كله لأنه لا يملك الشفعة فى بعض أجزائه . ولكن يجوز لأصحاب الرقبة مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة فى حق المنفعة كله ، لأن الصفقة فى هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من حق المنفعة مشفوع فيه » . وذكرنا أن لجنة مجلس الشيوخ انتهت إلى حذف هذا النص . وترك حكمه لأجتهاد القضاة . وقررنا أن رأى الذى يتمشى مع ما يسير عليه القضاء هو جواز الأخذ بالشفعة فيما تتوافر فيه الشروط . وذلك ما لم يتمسك المشتري بعدم تفريق الصفقة عليه . فيتحم عندئذ أن يأخذ الشفع بالشفعة فى العقار كله . وقد اختلف الفقه المصرى . فرأى يقول بذلك (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٢٧) . ورأى يذهب إلى العمل بالنص الذى حذفته لجنة مجلس الشيوخ بالرغم من حذفه (عبد المسم فرج الصدة فقرة ٢٧٤) - وانظر آنفا فقرة ١٦٩ فى آخرها .

يبقى أن نستعرض فرضاً آخرًا . هو أن يملك العقار مالكان في الشيوع (كل بمقدار النصف مثلا) . ويرتبان معاً حق الانتفاع في هذا العقار لمصلحة شخصين في الشيوع كل بمقدار النصف . فإن باع أحد صاحبي حق الانتفاع النصف الشائع الذي له . جاز للمالكى الرقبة أن يأخذ معاً هذا النصف بالشفعة . لأن كلا منهما يملك الأخذ بالشفعة . كذلك يستطيع أحد مالكي الرقبة وحده أن يأخذ هذا النصف . ولا يستطيع المشتري أن يعترض لأن الصفقة لم تفرق عليه . وإذا باع صاحبا حق الانتفاع كل الحق لمشتري واحد . جاز للمالكى الرقبة أن يأخذاه معاً بالشفعة . وجاز لأحدهما أن يأخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع الملبس لحقه في الرقبة . إلا إذا تمسك المشتري بعدم تفرق الصفقة فيتحتم عندئذ على مالك نصف الرقبة إما أن يأخذ كل حق الانتفاع أو أن يترك الأخذ بالشفعة أصلاً (١) .

١٨١ - الشريك في الشيوع : وثبتت صفة الشفيع . في المرتبة الثانية .

« للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي » (م ٩٣٦ بندي مدني) . ويخلص من النص أن هناك عقاراً شائعاً وأن أحد الشركاء في الشيوع باع حصته الشائعة أو شيئاً منها إلى أجنبي . فيكون للشركاء في الشيوع الآخرين أو لأى منهم أن يأخذ بالشفعة الحصة الشائعة المباعة . فيجب إذن : (١) أن يكون هناك عقار شائع . (٢) وأن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة . (٣) وأن يكون البيع لأجنبي :

يجب أن يكون هناك عقار شائع (٢) . فالعقار الذي كان شائعاً . ثم قسم

(١) وتسرى الأحكام التي قدمناه على حق الاستعمال وحق السكنى في الأحياء التي يجوز فيها النزول عن هذين الحقيين . وقد قصت المادة ٩٩٧ مدني على أنه « لا يجوز النزول عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى . إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي » (أنظر إسماعيل غنم ص ٦٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٩ ص ٣١٠ - حسن كيرة ص ٢) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الشريك هو المالك على الشيوع وإذا كان المشتري لا يكون مالكا إلا بتسجيل عقده ، ومن وقت التسجيل لاقبله ، فإن الحكم ، إذا نفي حق الشفيع في الشفعة على أساس أن تسجيل عقده خصه شائعة في القضية التي بها الأبطال المتفوعة لا حق لعقد البيع الصادر إلى المشفوع منه لا يكون قد أخطأ (نقض مدني ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٤ ص ٦٢٨) . وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٣٤ ص ٤١١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٦ ص ٤٠٥ .

إلى أجزاء مفرزة لكل شريك جزء مفرز اختصاص به ، لا تكون فيه شفعة بسبب الشركة في الشيوع (١) . وإذا باع أحد منهم جزءه المفرز ، لم يكن للآخرين

= والمفروض هنا أن شخصا اشترى حصة شائعة في عقار ، وقبل أن يسجل عقد شرائه باع شريك آخر حصته الشائعة في هذا العقار لمشتري آخر ، ثم سجل المشتري الأول عقد شرائه . فتذهب محكمة النقض إلى أن هذا المشتري الأول لم يصبح مالكا للحصة الشائعة التي اشتراها . بالنسبة إلى المشتري الآخر ، إلا من وقت التسجيل . فتكون ملكية الحصة الشائعة المشفوع بها لاحقة لبيع الحصة الشائعة المبيعة للمشتري الآخر ، ومن ثم ينتفى حق الشفعة .

ونحن نرى أن للتسجيل أثراً رجعياً فيما بين المتعاقدين ، وأن المشتري إذا سجل عقد شرائه أصبح مالكا للعقار الذي اشتراه من وقت البيع لا من وقت التسجيل ، وذلك بالنسبة إلى البائع وإلى كل شخص لا يعتبر من « الغير » في البيع الذي تم تسجيله (أنظر الوسيط : ٢٨٢ فقرة ٢ وما بعدها) . وفي الفرض الذي نحن بصدد ، لما سجل المشتري الأول عقد شرائه ، يكون قد أصبح مالكا من وقت البيع ، لا من وقت التسجيل ، بالنسبة إلى البائع له ، وكذلك بالنسبة إلى المشتري الآخر للحصة الشائعة الأخرى المشفوع فيها لأن هذا المشتري الآخر لا يعتبر من « الغير » بالنسبة إلى البائع الأول . ومن ثم تكون ملكية المشتري الأول للحصة الشائعة التي اشتراها سابقة على البيع الصادر للمشتري الآخر ، فيكون للمشتري الأول أن يشفع في الحصة الشائعة المبيعة للمشتري الآخر . ونظير ذلك مشتري لعقار لم يسجل عقده ، وبيع عقار مجاور لعقاره توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده . فوَأخذ بالأثر الرجعي على الرأي الذي نذهب إليه . لا يعتبر المشتري مالكا لعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه ، ولأمكن الأخذ بالشفعة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي - وهذا ما فعلته محكمة النقض هنا أيضاً (٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمره رقم ١١٢ ص ٢٥٥ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٣٢ - ١٨ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠) - فإن المشتري لا يعتبر مالكا للعقار المشفوع به إلا بعد بيع العقار المشفوع فيه ، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة (أنظر في تفصيل ذلك الوسيط : ٢٨٤ فقرة ٤ ص ٥٢٧ - ص ٥٢٨) .

(١) وإذا ادعى المشتري وقوع القسمة وأن التمتع ليس شريكاً في الشيوع بعد وموعداً ، فعليه أن يثبت ذلك ، وله أن يثبت بجميع طرق الإثبات . ولا يعتبر تأجير أحد الشركاء في الشيوع المدعى الشائع كله أو بعضه دليلاً على وقوع القسمة (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٣ ص ٩٠٦) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم ، إذ قرر عدم حصول قسمة في العقار المشفوع به ، قد أقام قضاءه على ما حصلت له حصة حصيلاً سائفاً من أن الأعمال المادية التي أثبتنا خبير الدعوى - استحداث مبانٍ بالمنزل - غير قاطعة في إفادة هذا المعنى ، فإن النعي على هذا الحكم المقصور في التسبب استناداً إلى أنه لم يرد على المطاعن التي وجهها الطاعن إلى الخبير وإلى أعماله ، ولأنه نسخ محضر مناقشة الخبير ، هذا النعي يكون في غير محله (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٣ ص ٩٠٦) =

أن يشفعوا فيه باعتبارهم شركاء في الشيوع ، فهم بعد القسمة لم يعودوا شركاء في الشيوع بل أصبحوا جيرانا . وعلى ذلك إذا جاز لأحد منهم أن يأخذ بالشفعة الجزء المقرز المبيع . فانما يجوز له ذلك باعتباره جارا إذا استوفى سائر شروط الجار فيما سنيته . ولا يجعل الحائط المشترك الفاصل بين عقارين هذين العقارين شائعين بين مالكيهما . لأن الشركة هنا مقصورة على الحائط وليست في ذات العقار ، بل يكون كل مالك منهما جارا للمالك الآخر . ويشفع بالجوار إذا توافرت شروطه (١) . كذلك إذا كان هناك فناء مشترك أو طريق مشترك أو مجرى مشترك (٢) بين عقارين : فالعقاران لا يكونان شائعين بل يكونان متجاورين . والشفعة في كل منهما تكون بالجوار إذا توافرت شروطه .

ويجب أن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة . فاذا باع جزءا مفرزا من المال الشائع . فقد قدمنا في الجزء الثامن من الوسيط أن هذا البيع وإن كان صحيحا فيما بين المتعاقدين فيما لو كان المشتري يعلم أن البائع للجزء المقرز إنما

= (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) . وقضت أيضاً بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد مرضت لما أدلى به الطاعنان (المشفعون ضدهما) في دفاعهما من أنهما يمتلكان على الشيوع في الأطنان التي يقع بها القدر المشفع فيه وأنهما يفضلان الشفعة بشرائهما لذلك القدر ، وانتبت إلى عدم التعويل عليه تأسيساً على ما استظهرنه من المستندات التي قدمت لها استظهاراً صحيحاً من زوال حالة الشيوع التي كانت قائمة قبل الحكم بالقسمة وإقرار الطاعنين للقسمة التي تمت بموجبه ، وارتضاءهما له ، وإعمالها مقتضاه من قبل شرائهما للشفعة المشفع فيها وعند تحرير العقد النهائي المسجل الصادر لها من المطعون عليها الثانية ، وقد أقامت حكمها في هذا الخصوص على أسباب سائفة تؤدي إلى النتيجة التي خلصت لها ، فإن النص على حكمها بالقصور والتناقض يكون في غير محله (نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٣) .

(١) إسماعيل غانم ص ٦٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٦ ص ٤٠٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان المشتري لا يعلم أن يكون شريكاً على الشيوع في مجرى معد للرى يشق الأطنان المبيعة موضوع الشفعة ، فإن هذا الوضع لا يصح أن يوصف به المشتري بأنه شريك في الشيوع في جميع العقار المبيع برفعه إلى مضاف الشريك على الشيوع الذي له حق أخذ العقار المبيع بالشفعة (نقض مدني ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٤ ص ١٠١٦) - وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا وقع البيع على الأرض وعلى جزء مشاع من آلة الرى التي ترويتها ، فليس للشريك في ملكية الآلة وحدها أخذ الأرض المبيعة بالشفعة ، إذ هو ليس شريكاً في الأرض (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ م ١٨ ص ٥٧) - وانظر عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٨٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٦ ص ٤٠٤ .

يملك في الشيوع ، يكون غير نافذ في حق الشركاء المشتاعين الآخرين ، فلا يصبح المشتري مالكا على الشيوع معهم . وقررنا أنه لا يجوز لأحد من هؤلاء الشركاء المشتاعين أن يستعمل حق الاسترداد لهذا الجزء المفرز المبيع فيما لو كان جزءا مفرزا في مال منقول أو في مجموع من المال . بل ولا يجوز أن يسترد من المشتري حتى الحصة الشائعة التي للشريك البائع في الجزء المفرز المبيع ، لأن حق الاسترداد إنما يكون في بيع حصة شائعة ولا يكون في بيع شيء مفرز . وما قررناه فيما يتعلق باستعمال حق الاسترداد هناك نقره فيما يتعلق باستعمال حق الشفعة هنا ، فلا يجوز لشريك في الشيوع أن يشفع في جزء مفرز من العقار الشائع بآعه شريك آخر . ولا تجوز الشفعة إلا إذا بيعت حصة شائعة في العقار لا جزء مفرز فيه . ويجب تفسير عبارة « إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي » الواردة في المادة ٩٣٦ بند ب مدني فيما رأينا ، بأن لفظ « شيء » مقصود به حصة شائعة . فيكون المقصود من عبارة « بيع شيء من العقار الشائع » بيع حصة شائعة في هذا العقار . وكما لا يجوز للشريك المشتاع أن يشفع في جزء مفرز من العقار الشائع بآعه شريك آخر ، كذلك لا يجوز للمشتري لهذا الجزء المفرز أن يشفع في حصة شائعة من العقار بآعه شريك مشتاع . ذلك أن المشتري للجزء المفرز لا يصبح مالكا في الشيوع مع الشركاء المشتاعين كما سبق القول . فلا يجوز له أن يشفع في حصة شائعة في العقار بآعه شريك مشتاع (١) . وإذا اشترى هذا المشتري بعد ذلك حصة شائعة في نفس العقار ، وأراد أحد الشركاء الآخرين أخذ هذه الحصة بالشفعة ، جاز له ذلك ، ولا يحتج عليه المشتري بأنه هو نفسه شريك مشتاع مثله قبل شرائه للحصة الشائعة بحجة أنه سبق له أن اشترى الجزء المفرز حتى لا يجوز لشريك أن يأخذ منه بالشفعة (٢) .

(١) نقض مدني ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢١ ص ١٠٩ .
 (٢) نقض مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٠ ص ١١٨٧ -
 وانظر الوسيط ٨ فقرة ٥٣١ في الهامش - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٤ - إسماعيل غانم ص ٦٩ -
 عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٧٨ ص ٤٠٨ - ص ٤٠٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٠ ص ٣١٣ - حسن كيرة ص ٤ - ص ٥ - وانظر عكس ذلك وأنه تجوز الشفعة في بيع الجزء المفرز من العقار الشائع : محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٣٥ ص ٤١٢ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٥١ ص ٣٤٤ - ص ٣٤٥ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٩٢ ص ٤٣٣ .

ويجب أخيراً أن يكون بيع الحصة الشائعة لأجنبي . فلو باع الشريك المشتاع حصته الشائعة لشريك مشتاع مثله . لما جاز لشريك مشتاع ثالث أخذ هذه الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة . ذلك أن بيع الحصة الشائعة التي يراد أخذها بالشفعة يجب أن يكون صادراً إلى أجنبي لا إلى شريك مشتاع ، وهذا هو صريح نص المادة ٩٣٦ بند ب مدني إذ تقول كما رأينا : « للشريك في الشيوع ، إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي » . هذا إلى أن المادة ٣/٩٣٧ مدني تنص على ما يأتي : « فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شافعاً . بمقتضى نص المادة السابقة . فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى ، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى » . فإذا كان المشتري للحصة الشائعة هو نفسه شريك في الشيوع . فضل على شافع هو مثله شريك في الشيوع لأنه شافع من طبقته . وإنما يأخذ الشريك في الشيوع الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة إذا كان الذي اشترى هذه الحصة أجنبياً أي غير شريك في الشيوع . لأن الشافع هنا يكون من طبقة أعلى فيتقدم المشتري (١) . ولم يكن هذا الحكم المعقول هو السائد في عهد التقنين المدني السابق ولا في عهد قانون الشفعة السابق . فقد كانت نصوص هذه التشريعات غير واضحة في هذا المعنى . وساد في عهدها الرأي العكسي الذي يجعل الشريك المشتري لا يتقدم على الشريك الشافع ، بل يتقاسمان الصفقة معاً . فكان لا يشترط إذن أن يكون بيع الحصة الشائعة صادراً إلى أجنبي كما اشترط ذلك صراحة التقنين المدني الجديد . بل كان يجوز الأخذ بالشفعة من المشتري لحصة شائعة ولو كان هو نفسه شريكاً في الشيوع . وكان هذا الرأي العكسي يدعمه الفقه الإسلامي في مختلف مذاهبه ، كما كان يدعمه الفقه والقضاء ، وأقرته محكمة النقض في أحكام متعاقبة (٢) . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام في تراحم الشفعاء .

(١) فلو كان المشتري جازاً توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فإنه يعتبر مع ذلك أجنبياً بالنسبة إلى الشركاء في الشيوع ، ويستطيع أحد هؤلاء الشركاء أن يأخذ منه الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة ، لأن البيع صادر لأجنبي ، ولأنه إذا كان الجاز شافعاً فإن الشريك في الشيوع في طبقة أعلى من طبقته فيستطيع الأخذ منه بالشفعة .

(٢) نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦١ ص ٧٠٩ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٩ ص ٢٧٢ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ . مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٠ ص ١٨٩ .

وقد رأينا فيما تقدم أن الشرط الأول لأخذ الشريك في الشيوع الحصة الشائعة بالشفعة هو أن يكون هناك عقار شائع ، ونحدد الآن ما هو المقصود بالعقار الشائع . يشمل العقار الشائع أول ما يشمل . بطبيعة الحال . العقار المملوك ملكاً تاماً لعدد من الشركاء في الشيوع . ولكنه يشمل أيضاً رقبة العقار إذا انفصل عنها حق الانتفاع . فتكون رقبة العقار عقاراً شائعاً إذا كانت مملوكة لعدد من الشركاء في الشيوع . ويشمل أخيراً حق الانتفاع بعقار إذا انفصلت عنه الرقبة . فيكون حق الانتفاع بعقار عقاراً شائعاً إذا كان هذا الحق مملوكاً لعدد من الشركاء في الشيوع ^(١) . ويجب أن نميز تمييزاً دقيقاً بين مالك الرقبة باعتباره مالكا للرقبة . وبين مالك الرقبة باعتباره مالكا في الشيوع . فمالك الرقبة باعتباره مالكا للرقبة لا يتقدم كشفيع إلا إذا كان يشفع في حق الانتفاع . ونص المادة ٩٣٦ بند ١ مدني صريح في هذا المعنى إذ يقول : « يثبت حق الشفعة لمالك الرقبة . إذا بيع كل حق الانتفاع الملبس لها أو بصفة » . أما مالك الرقبة . إذا شفع في حصة شائعة في هذه الرقبة لا في حق الانتفاع . فانه يتقدم كشفيع باعتباره مالكا في الشيوع لعقار شائع هو الرقبة . لا باعتباره مالكا للرقبة . وإذا تقدم مالك الرقبة يشفع في حق الانتفاع باعتباره مالكا للرقبة كانت له المرتبة الأولى بين الشفعاء . أما إذا تقدم يشفع في حصة شائعة في الرقبة باعتباره مالكا في الشيوع فان مرتبته بين الشفعاء تكون هي المرتبة الثانية لا المرتبة الأولى . ويجب كذلك أن نميز تمييزاً دقيقاً بين صاحب حق الانتفاع باعتباره صاحب حق انتفاع . وبين صاحب حق الانتفاع باعتباره مالكا في الشيوع . فصاحب حق الانتفاع باعتباره صاحب حق انتفاع لا يتقدم كشفيع إلا إذا كان يشفع في الرقبة . ونص المادة ٩٣٦ بند ٢ مدني صريح في هذا المعنى إذ يقول : « يثبت حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع . إذا بيعت كل الرقبة الملبسة لهذا الحق أو بعضها » . أما صاحب حق الانتفاع : إذا شفع في حصة شائعة في حق الانتفاع

(١) أما أن كلا من حق الرقبة في عقار وحق الانتفاع في عقار يعتبر عقاراً ، فهذا ثابت بصريح النص . إذ تقول الفقرة الأولى من المادة ٨٣ مدني : « يعتبر مالا عقارياً كل حق عيني يقع على عقار » .

لا في الرقبة . فانه يتقدم كشفيق باعتباره مالكا في الشيوع لعقار شائع هو حق الانتفاع ، لا باعتباره صاحب حق انتفاع (١) . وإذا تقدم صاحب الانتفاع يشفع في الرقبة باعتباره صاحب حق انتفاع كانت له المرتبة الثالثة بين الشفعاء ، أما إذا تقدم يشفع في حصة شائعة في حق الانتفاع باعتباره ما لكا في الشيوع فان مرتبته بين الشفعاء تكون هي المرتبة الثانية لا المرتبة الثالثة .

(١) وهناك خلاف في الرأي فيما إذا كان للشريك المشتاع في حق الانتفاع انوارء على عقار أن يأخذ بالشفعة حصة شائعة في حق الانتفاع يبيعها شريك آخر في هذا الحق لأجنبي . فرأى يذهب إلى عدم الجواز « لأن المادة ٩٣٦ مءى خولت الشريك في الشيوع حق الشفعة إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبي ، فالذى له الحق هو الشريك في الملك لا الشريك في الانتفاع . كما أن صاحب حق الانتفاع لا يكون له الحق في الشفعة إلا إذا بيعت الرقبة ، وقد خول هذا الحق كما خوله مالك الرقبة عند بيع حق الانتفاع لحكمة هي جمع ما تفرق في حق الملكية » (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢١٤ ص ١٩٩) . « ولوقصد القانون إعطاء الشريك في الانتفاع الحق في الشفعة إذا باع الشريك الآخر حقه لما أعوزة النص على ذلك صراحة ، وهو قد نص صراحة على حق المنتفع في الشفعة إذا بيعت الرقبة . . وعلى حق مالك الرقبة في الشفعة إذا بيع الانتفاع الملبس لها . . ولكنه لم يذكر الشريك الذى له حصة في حق الانتفاع المبيع . ومن المعلوم أن الشفعة رخصة استثنائية ، ومن ثم لا يحور توسع في النصوص الخاصة بها . ومن جهة أخرى فإن الشفعة لا تكون إلا طريقاً من طرق الملك . وهي ليست طريقة تكسب الانتفاع إلا استثناء ، والاستثناء يجب أن يكون صريحاً » (عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٩٠ ص ٤٣١) .

ولكن الرأي السائد هو عكس الرأي المتقدم ، ويقول - كما قررنا في المتن - بأن للشريك في حق الانتفاع أن يأخذ بالشفعة حصة شائعة في حق الانتفاع يبيعها شريك آخر لأجنبي ، لأن « عبارة الشريك في الشيوع تشمل الشريك في حق الانتفاع كما تشمل الشريك في حق الملكية ، لأن كليهما شريك في العقار المبيع ، والمصلحة في استبعاد الأجنبي عند قيام حالة الشيوع متحققة في حالة الانتفاع كما هي متحققة في حالة الملكية . . وعلى ذلك يمكن القول بأن حق الانتفاع قد يكسب في هذه الصورة من طريق الشفعة ، ويكون الشفيق في هذه الحالة صاحب حق الانتفاع لا مالك العقار » (شفيق شحاتة فقرة ٢٤٦ ص ٢٦١) - وانظر في هذا المعنى : محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٣٦ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٥٠ - إسماعيل غانم ص ٦٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٠ ص ٣١٢ - حسن كيرة ص ٣ . والذي أوجد اللبس في هذه المسألة ، في رأينا ، هو عدم التمييز بين صاحب حق الانتفاع وهو يشفع في الرقبة وقد نص على ذلك في المادة ٩٣٦ بند - مءى ، وبين صاحب حق الانتفاع وهو يشفع كشريك مشتاع في حصة شائعة في حق الانتفاع وشأنه في ذلك هو شأن الشركاء في الشيوع وقد نص على ذلك في المادة ٩٣٦ بند ب مءى .

ويخلص من ذلك أمران : (الأمر الأول) أن رقبة العقار التي انفصل عنها حق الانتفاع هي نفسها عقار ، وقد يملكها عدة شركاء في الشيوع . فإذا بيعت حصة شائعة في هذه الرقبة ، كان لها شفيعان : (١) شريك مشتاع في الرقبة غير الشريك البائع ، ويشفع باعتباره مالكا في الشيوع ، أى باعتباره شفيعا في المرتبة الثانية . (١) صاحب حق الانتفاع ، وهو الحق الذي انفصل عن الرقبة ، ويشفع صاحبه باعتباره صاحب حق انتفاع ، أى باعتباره شفيعا في المرتبة الثالثة . فإذا تزاخم هذان الشفيعان قدم من كان في مرتبة أعلى ، ومن ثم يقدم الشريك المشتاع في الرقبة وهو في المرتبة الثانية على صاحب حق الانتفاع وهو في المرتبة الثالثة (١) . (والأمر الثانى) أن حق الانتفاع الذي انفصل عن الرقبة هو نفسه عقار ، وقد يملكه عدة شركاء في الشيوع . فإذا بيعت حصة شائعة في حق الانتفاع ، كان لها شفيعان : (١) مالك الرقبة ، وهى الحق الذي انفصل عنه حق الانتفاع . ويشفع مالكة باعتباره مالكا للرقبة ، أى باعتباره شفيعا في المرتبة الأولى . (٢) شريك مشتاع في حق الانتفاع غير الشريك البائع ، ويشفع باعتباره مالكا في الشيوع ، أى باعتباره شفيعا في المرتبة الثانية . فإذا تزاخم هذان الشفيعان قدم من كان في مرتبة أعلى . ومن ثم يقدم مالك الرقبة وهو في المرتبة الأولى على الشريك المشتاع في حق الانتفاع وهو في المرتبة الثانية .

١٨٢ - صاحب حق الانتفاع : وتثبت صفة الشفيع ، في المرتبة الثالثة ، « لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملازمة لهذا الحق أو بعضها » (م ٩٣٦ بند ح مدنى) . ويخلص من هذا النص أن صاحب حق الانتفاع هنا يشفع في الرقبة ولذلك يأتى في المرتبة الثالثة كما قدمنا . أما إذا كان يشفع في حصة شائعة في حق الانتفاع فانه يشفع فيها كشريك في الشيوع ويأتى في المرتبة الثانية شأنه في ذلك شأن سائر الشركاء في الشيوع كما سبق القول .

(١) وكان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٣٦ مدنى ينزل الشريك في الشيوع إلى المرتبة الثالثة ويرفع صاحب حق الانتفاع إلى المرتبة الثانية ، فكانا إذا تزاخما في الفرض الذى نحن بصدده ، قدم صاحب حق الانتفاع على الشريك المشتاع في الرقبة ، على عكس ما قدمناه في المتن . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى . عند الكلام في تزاخم الشفعاء .

وقد تقدم الكلام في صاحب حق الانتفاع عند ما يشفع في حصة شائعة في هذا الحق عند الكلام في شفعة الشريك في الشيوع (١) ، والذي يعنينا هنا هو الكلام في صاحب حق الانتفاع عند ما يشفع في الرقبة (٢) . وتدرج في الفروض هنا ، كما تدرجنا في الفروض بالنسبة إلى شفعة مالك الرقبة في حق الانتفاع (٣) .

فأبسط الفروض هو أن يكون هناك عقار مملوك لشخص ، وقد رتب عليه حق انتفاع لمصلحة شخص آخر ، فأصبح مالك العقار مالكا لرقبته فقط . فاذا باع هذا الأخير الرقبة التي يملكها ، كان لصاحب حق الانتفاع أن يشفع في الرقبة المبعة ، فيلم بذلك شتات الملكية إذ يصبح مالكا للعقار ملكية تامة .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٨١ .

(٢) وقد ناقشت لجنة الأستاذ كامل صدقي أحقية صاحب حق الانتفاع في أن يشفع في الرقبة . فتسائل الرئيس « عما إذا كان من المستحسن منح حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ولو أنصب حقه على جزء من العقار المبيع ، على أن يقصر حقه في الشفعة على جزء من ملكية الرقبة الذي ينصب عليه حقه في الانتفاع » . فرأى أحد الأعضاء « عدم منح حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع إلا إذا كان هو المستفع الوحيد ، وعدم التسليم بهذا الحق إذا تعدد أصحاب حق الانتفاع ، وذلك درءاً للمشاكل والصعوبات التي قد تعرض في مثل هذه الحالة » . وعارض عضو آخر « فكرة تقرير حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ، لأنها تؤدي إلى التدخل في الملكية في حين أنه قد يكون من المتعين بقاءه بعيداً عن كل تعاقد يمس ملكية الرقبة . وخاصة فإن حقه وهو في الأصل موقوف بحياته لا يتأثر بما قد يطرأ على ملكية الرقبة من تغيير . ثم قال أحد الأعضاء « إنه يرى عدم الاعتراف بحق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ، لأنه يكاد في الواقع يكون معدوماً في مصر » . « وهنا أشار الرئيس إلى سبق موافقة اللجنة في الجلسة الماضية على الاعتراف بحق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ، وأضاف أن قرارات اللجنة بطبيعتها غير نهائية بل هي مؤقتة وقابلة للتعديل ، إلا أنه يحسن عدم اللجوء عن الرأي الذي انتهت إليه اللجنة في الجلسة الأخيرة بالنسبة لصاحب حق الانتفاع . ومع ذلك فهو يقترح إمعاناً في التصديق من هذا الحق النص التالي عوضاً عن النص الذي أقرته اللجنة في الجلسة الأخيرة : « ٣ - لصاحب حق الانتفاع إذا بيع الجزء من الرقبة الملبس لهذا الحق » . واقترح أحد الأعضاء الصيغة الآتية : « لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة الملبسة لهذا الحق إلى أجنبي » . فوافقت اللجنة على هذا النص الأخير . ثم عاد أحد الأعضاء إلى مناقشة هذا النص الأخير ، وانتهت اللجنة إلى الموافقة على النص الآتي : « ٣ - لصاحب حق الانتفاع في حالة ما إذا لم يقع البيع إلا على الجزء من الرقبة الملبس لهذا الحق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٧ - ص ٣٦٩ في الهامش) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٨٠ .

وهذا هو الغرض الذى أعطى من أجله صاحب حق الانتفاع الشفعة فى الرقبة .
وفى فرض ثان أكثر تعقيدا يملك العقار شخصان فى الشيوع ، ويرتبان
عليه حق انتفاع لمصلحة شخص واحد ، فيصبحان مالكين لرقبة العقار فى
الشيوع ، ونفرض أن لكل منهما النصف . فإذا باع أحدهما النصف الذى
يملكه فى الرقبة ، كان لهذا النصف شفيعان كما قدمنا (١) ، مالك النصف
الآخر للرقبة ويعتبر شريكا فى الشيوع وهو مقدم إذ هو فى المرتبة الثانية من
الشفعاء ، فإذا لم يأخذ بالشفعة جاز أن يأخذ بها صاحب حق الانتفاع وهو
تال فى المرتبة إذ هو فى المرتبة الثالثة بين الشفعاء . فإذا أخذ صاحب حق الانتفاع
النصف المبيع من الرقبة بالشفعة ، لم شتات ملكية العقار فى نصفه إذ يصبح
مالكا ملكية تامة لهذا النصف ، ويظل صاحب حق انتفاع فى النصف الثانى
من العقار . فهذه على كل حال خطوة نحو لم شتات الملكية ، قد تتلوها خطوة
أخرى إذا باع مالك النصف الآخر من الرقبة النصف الذى يملكه ، فيأخذه
بالشفعة صاحب حق الانتفاع فى هذا النصف من الرقبة باعتباره صاحب حق
انتفاع يشفع فى الرقبة . بل يستطيع أن يأخذه قبل ذلك باعتباره شريكا فى
الرقبة إذ قد سبق له أن شفع فى نصفها ويكون ذلك باعتباره شريكا فى الشيوع ،
فيملك فى الحالين العقار كله ملكية تامة ، ويلم شتات الملكية على وجه كامل .
والفرض الثالث الأكثر تعقيدا من الفرضين المتقدمين ، يملك فيه العقار
شخص واحد ويرتب عليه حق انتفاع لشخصين فى الشيوع (لكل منهما النصف
مثلا) ، فيصبح بذلك مالكا لرقبة العقار . فإذا باع هذه الرقبة ، فلا شك فى
أن صاحبي حق الانتفاع لهما أن يشفعا معاً فى الرقبة كل بقدر النصف . فيصبحا
مالكين مناصفة للعقار ملكية تامة . كذلك يستطيع أحد صاحبي حق الانتفاع
أن يأخذ بالشفعة نصف الرقبة الملبس للنصف الذى يملكه فى حق الانتفاع ،
فيصبح مالكا لنصف العقار فى الشيوع ملكية تامة ، ويبقى النصف الآخر من
العقار مقسما بين صاحب حق الانتفاع الآخر والمشتري لكل الرقبة وقد أصبح
الآن لا يملك إلا نصفها بعد أن أخذ منه النصف بالشفعة . وقد يعترض هذا
المشتري على ذلك متمسكا بعدم تفرق الصفقة عليه ، إذ هو قد اشترى كل
الرقبة ولم يخلص له إلا نصفها . فى هذه الحالة يكون له الحق فى إجبار صاحب

نصف حق الانتفاع الذى أخذ بالشفعة نصف الرقبة على أن يأخذ النصف الآخر فى الرقبة منعاً لتفرق الصفقة . أو أن يترك الشفعة فى نصف الرقبة الذى أراد أخذه . فإن أخذ صاحب نصف حق الانتفاع كل الرقبة ، أصبح مالكا لنصف العقار ملكية تامة ومالكا للرقبة فى النصف الآخر . وإن ترك الشفعة ، خلص لمشتري الرقبة حقه كاملاً فى الرقبة التى اشتراها ولا تتفرق عليه الصفقة ، وظل مالكا حق الانتفاع كما هما مالكين لهذا الحق فى الشيوع بعد أن ترك كل منهما حق الأخذ بالشفعة (١) .

يبقى أن نستعرض فرضاً آخر ، هو أن يملك العقار مالكان فى الشيوع (كل بمقدار النصف مثلاً) . ويرتبان معاً حق الانتفاع فى هذا العقار لمصلحة شخصين فى الشيوع كل بمقدار النصف . فإن باع أحد مالكي الرقبة النصف الشائع الذى يملكه فى الرقبة ، جاز للمالك حق الانتفاع أن يأخذ معاً هذا النصف بالشفعة ، لأن كلا منهما يملك الأخذ بالشفعة . ما لم يطلبه الشريك الآخر فى الرقبة فيأخذه لأنه شريك فى الشيوع ومقدم فى المرتبة على صاحبي

(١) وقد سبقت الإشارة إلى المادة ١٣٨٥ من المشروع التمهيدى التى كانت تنص على أنه : « . . . إذا كان يملك المنفعة أو الرقبة أشخاص متعددون ويبيع كل الرقبة أو كل المنفعة ، جاز لهؤلاء الأشخاص أن يطلبوا الأخذ بالشفعة مجتمعين » (أنظر آنفاً فقرة ١٦٩ فى آخرها وفقرة ١٨٠ فى الهامش) . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى الفرض الذى نحن بصدده : « إذا كان يملك المنفعة أشخاص متعددون ويبيع الرقبة كلها ، فإن أحداً من المستفيدين لا يستطيع أن يشفع وحده فى الجزء من الرقبة الذى يقدر حق انتفاعه حتى لا تتجزأ الصفقة . كما لا يستطيع أن يشفع وحده فى كل الرقبة لأنه لا يملك الشفعة فى بعض أجزائها . ولكن يجوز للمستفيدين مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة فى الرقبة كلها : لأن الصفقة فى هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من الرقبة مشفوع فيه » . وذكرنا أن لجنة مجلس الشيوخ انبثت إلى حذف هذا النص ، وترك حكمه لاجتهاد القضاء . وقررنا أن رأى الذى يتمشى مع ميسر عليه القضاء هو جواز الأخذ بالشفعة فيما تتوافر فيه الشروط . وذلك ما لم يتمسك المشتري بعدم تفريق الصفقة عليه ، فيتحم عندئذ أن يأخذ الشفع بالشفعة فى العقار كله . وقد اختلف الفقه المصرى ، فرأى يقول بذلك ، ورأى يذهب إلى العمل بالنص الذى حذفته لجنة مجلس الشيوخ بالرغم من حذفه (أنظر آنفاً فقرة ١٦٩ فى آخرها وفقرة ١٨٠ فى الهامش) . وانظر فى المعنى الذى نقول به فى الفرض الذى نحن بصدده : محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٤٠٦ - وانظر عكس ذلك ووجوب العمل بالنص المحذوف : عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٩ ص ٤١٠ .

حق الانتفاع (١) . كذلك يستطيع أحد مالكي حق الانتفاع وحده أن يأخذ نصف الرقبة المبيع بالشفعة إذا لم يطلبه الشريك الآخر في الرقبة ، ولا يستطيع المشتري أن يعترض لأن الصفقة لم تتفرق عليه . وإذا باع مالكا الرقبة كل الحق ، جاز لصاحبي حق الانتفاع أن يأخذهما معاً بالشفعة ، وجاز لأحدهما أن يأخذ بالشفعة نصف الرقبة الملايس لحقه في الانتفاع ، إلا إذا تمسك المشتري بعدم تفرق الصفقة ، فيتحم عندئذ على هذا الشفع إما أن يأخذ كل الرقبة أو أن يترك الأخذ بالشفعة أصلاً (٢) .

١٨٣ - مالك الرقبة والمحتكر في الحكر : وثبتت صفة الشفع ،

في المرتبة الرابعة ، « لملك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة » . وهذا السبب من أسباب الأخذ بالشفعة قد استحدثه التقنين المدني الجديد . فلم يكن معروفاً في التقنين المدني السابق ولا في قانون الشفعة السابق (٣) . وقالت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في تقرير استحدثائه : « ويلاحظ ثانياً أن المشروع قد زاد على الشفعاء الذين أقرتهم اللجنة المحتكر ومالك الرقبة ، فكل منها يأخذ بالشفعة من الآخر ، جمعا لما تفرق من حق الملكية كما في الرقبة وحق الانتفاع ، وابتغاء لوسيلة جديدة ينهى بها حق الحكر

(١) وإذا بيعت الرقبة كلها لأحد صاحبي حق الانتفاع ، لم يجوز لصاحب حق الانتفاع الآخر أن يشفع في حدود نصيبه فيه ، لأن صاحب حق الانتفاع الأول هو المشتري وقد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفعياً فيفضل على صاحب حق الانتفاع لأنه من طبقته (م ٩٣٧ مدني - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٤٠٧) .

(٢) وتسرى الأحكام التي قدمت على الحق الاستعمال وحق السكنى ، سواء كان لا يجوز النزول عن هذين الحقين كما هو الأصل أو كان ذلك جائزاً على سبيل الاستثناء (م ٩٩٧ مدني) . ذلك أن المادة ٩٩٨ مدني تنص على أن « . . . تسرى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى ، متى كانت لاتعارض مع طبيعة هذين الحقين » . أنظر عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٩ ص ٤١٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣١ ص ٣١٤ - حسن كيرة ص ٢ .

(٣) أنظر في نفي حق الشفعة في الحكر في العهد السابق استئناف مختلط (دوائر مجتمعة) ١٤ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٧ ص ٨٤ - استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٠٧ ١٩٨ ص ١١٥ - مصر الكلية ٢٦ أبريل سنة ١٨٩٢ المحاكم ٣ ص ٩٠ - ولكن قارن استئناف مصر ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٢ المحاكم ٤ ص ١٤٤ .

وهو حق غير مرغوب في بقاءه » (١) .

ونلاحظ بادىء ذى بدء أن الحقين اللذين يأخذ أحدهما بالشفعة في الآخر ، في أرض محكرة للمحكر رقبته والمستحكر حق المحكر فيها ، هما حق الرقبة في هذه الأرض وحق المحكر فيها . أما البناء أو الغراس الذى يحدثه المحتكر في الأرض المحكرة فهو عقار متميز عن كل من الرقبة وحق المحكر (٢) ، ولا يشفع فيه إلا بطريق الحوار كما سيأتى ، أو بطريق بيعه تبعاً لحق المحكر ذاته فعندئذ يؤخذ حق المحكر وما يتبعه من بناء أو غراس بالشفعة .

والفرض الذى نحن بصددده هو أن أرضاً رتب عليها صاحبها حق حكر . فأصبح مالكا لرقبة الأرض المحكرة وإلى جانبه المحتكر صاحب حق المحكر .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ - ص ٣٦٤ - وقد كان أحد أعضاء لجنة الأستاذ كامل صدق قد تساءل « عما إذا كان حق الشفعة يسرى كذلك بالنسبة للمحتكر » . فاجاب رئيس اللجنة « بعدم إمكان التسليم بحق الشفعة للمحتكر . لأن الحكر يفترض وجود وقف » . وأشار مع ذلك إلى حانة بعض المستحكرين المصرح لهم بالبناء على أرض الغير . واقترح منح هؤلاء حق الشفعة في الأرض التى أقاموا عليها مبانيهم ، فوافقت اللجنة على هذا الاقتراح . ثم قال أحد الأعضاء « إنه توجد في بعض الأحيان مباني غير صحيحة أقامها صغار الملاك على أرض للغير . ونلاحظ أن التسليم بحق الشفعة في مثل هذه الحالات يحول دون رفع المستوى الصحى في احدى كنه . فرد الرئيس على هذه الملاحظة بأن رفع المستوى الصحى للحى . . يجب أن يترك أمره لعناية الحكومة ، التى تملك فرض شروط صحية أو إصدار مراسيم بزراعة ملكية احدى كنه أو بعضه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ في المبحث) .

(٢) تنص المادة ١٠٠٢ مدنى على أن « يملك المحتكر ما أحدثه من بناء أو غراس أو غيره ملكاً تاماً . وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترناً بحق الحكر » . وقد عقبنا على هذا النص . عند الكلام في حق الحكر . مما يأتى : « ويتبين من النص المتقدم الذكر أن المحتكر إذا بنى أو غرس في الأرض المحكرة ، كان البناء أو الغراس ملكاً له دون اتفاق على ذلك مع المحكر . . ويكون للمحتكر في هذه الحالة حقان يتميزان أحدهما عن الآخر : حق عيني في الأرض المحكرة وهو حق الحكر سالف الذكر . وحق ملكية تامة في البناء أو الغراس الذى أحدثه في العين المحكرة . ويجوز له أن يتصرف في كل حق مستقلاً عن احدى الآخر . فيبيع مثلاً البناء أو الغراس مع استبقاء حق الحكر ، ويجب على المشتري في هذه الحالة أجر مثل الأرض المحكرة دون التفتات إلى القيمة المقررة في عقد الحكر الأول . ويبيع حق الحكر مع استبقاء البناء أو الغراس ، وفي هذه الحالة يكون عليه هو أن يدفع أجر المثل لمن اشترى حق الحكر . ولكن يغلب أن يتصرف في الحقين معاً ، فيبيع البناء أو الغراس مقترناً بحق الحكر ، ويحل المشتري في هذه الحالة مكانه في كل من الحكر والبناء أو الغراس » (الوسيط ٦ فقرة ٨٠٦) .

فاذا باع هذا الأخير حق الحكر ، كان لمالك الرقبة أن يأخذ هذا الحق بالشفعة ، فينتهى بذلك حق الحكر غير المرغوب فيه ، ويلم مالك الرقبة شتات الملكية ويصبح كما كان مالكا للأرض ملكية تامة . وإذا باع مالك حق الرقبة حقه ، كان لصاحب الحكر أن يأخذ الرقبة بالشفعة ، فيصبح هو أيضا مالكا للأرض ملكية تامة ، وينتهى هنا أيضا حق الحكر غير المرغوب فيه . وقد يكون هناك جار يملك الأرض الملاصقة للأرض المحكرة ، وتتوافر فيه شروط الشفعة بالنسبة إلى رقبة الأرض وبالنسبة إلى حق الحكر . فاذا أخذ مالك الرقبة حق الحكر . بالشفعة ، أو أخذ صاحب الحكر رقبة الأرض بالشفعة تقدم أى منهما على الجار الشفيع إذا أراد هذا أخذ الحكر أو الرقبة بالشفعة . ذلك أن كلا من مالك الرقبة وصاحب حق الحكر في المرتبة الرابعة بين الشفعاء ، أما الجار ففي المرتبة الخامسة كما سيأتى ، فيكون كل منهما متقدما في المرتبة على الجار وأولى منه بالشفعة .

ويلاحظ أخيرا أن الفرض الذى نحن بصددده - شفعة مالك الرقبة وشفعة المستحكر - نادر الحصول في العمل . ويرجع ذلك إلى أن حق الحكر أصبح ، من وقت العمل بالتقنين المدنى الجديد ، لا يجوز ترتيبه إلا على أرض موقوفة (م ١٠١٢ / ١ مدنى) . فضايق بذلك نطاق تطبيق الحكر ، وبخاصة بعد أن ألغيت الأوقاف الأهلية بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ . فنجم عن ذلك انتهاء حق الحكر الذى كان مترتبا على الأعيان الموقوفة طبقا للمادة ١٠٠٨ / ٣ مدنى ، وهى الكثرة الساحقة من الأحكار . ولم يعد باقيا من الأحكار القديمة إلا تلك المترتبة على الأوقاف الخيرية وعلى الأعيان غير الموقوفة . ثم صدر القانون رقم ٦٤٩ لسنة ١٩٥٣ ، فأجاز بقرار من وزير الأوقاف بعد موافقة المجلس الأعلى للأوقاف أن ينهى الأحكار المترتبة على الأوقاف الخيرية إذا اقتضت المصلحة ذلك . ويخلص من هذا أن الحكر قد أصبح الآن ، بفضل هذه التشريعات المتعاقبة ، ذا مجال ضيق محدود . فهو ، منذ صدور التقنين المدنى الجديد ، لا يمكن ترتيبه على أرض غير موقوفة . والأرض الموقوفة التى يمكن ترتيب حق الحكر عليها قد انحصرت في الوقف الخيرى ، بعد إلغاء الوقف الأهلى . وحتى في هذا المجال الضيق - الوقف الخيرى - يندر ترتيب

حكر جديد ، وما هو قائم من أحكار قديمة يمكن إنهاؤه بقرار إداري (١) .
 وإذا كانت هناك أحكار قديمة مرتبة على وقف خيرى . أو فرض - وهذا
 نادر - أن يرتب فيما بعد حق حكر على وقف خيرى . فإن الوقف لا يجوز
 له أن يأخذ بالشفعة كما سيجىء . فإذا بيع حق الحكر المرتب على وقف خيرى ،
 لم يجوز لهذا الوقف أن يأخذه بالشفعة . ولكن إذا بيعت الأرض المحكرة الموقوفة
 وقفاً خيرياً عن طريق الاستبدال . جاز لصاحب حق الحكر أن يأخذها
 بالشفعة ، فيلم بذلك شتات الملكية ويصبح مالكا للأرض ملكية تامة . كذلك
 تجوز الشفعة فى الأحكار القديمة . المنشأة قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد على
 أرض غير موقوفة (٢) . فإذا بيع حق الحكر أو بيعت حق الرقبة . فى هذه
 الأحكار القديمة وهى فى سبيلها إلى الزوال . فإن لصاحب أى الحقين أن يأخذ
 الحق الآخر بالشفعة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم .

١٨٤ - الجار المالك - أهوال تهرت : وثبتت صفة الشفع . فى المرتبة
 الخامسة . « للجار المالك فى الأحوال الآتية : (١) إذا كانت العقارات من
 المباني أو من الأراضى المعدة للبناء ، سواء أكانت فى المدن أم فى القرى .

- (١) أنظر الوسيط ٦ فقرة ٧٩٧ ص ١٤٤٢ - ص ١٤٤٣ .
 (٢) إسماعيل غانم ص ٧٠ - ص ٧١ - عبد المنعم فرج النصة فقرة ٢٨٠ ص ٤١١ -
 منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٢ . ويقول الأستاذ حسن كيرة : « كذلك نجد أن هذا السبب
 لا يستلزم الأخذ بالشفعة بمقتضاء على الأقل فى شأن الأحكار المرتبة بعد نفاذ التقنين المدنى
 الجديد إذا بيع ملك الرقبة . لأن الأصل أنه لا يجوز بيع ملك الرقبة مادامت وقفاً . وإذا جاز
 فى بعض الأحوال بيعها فذلك على أساس الاستبدال ، وهو ما يؤدى إلى إنهاء صفة الوقف من
 الأرض المبيع ملك رقبتها . ومتى انتهت صفة الوقف عنها انتهى الحكر المرتب عليها ، وانتقل
 إلى الأرض البديلة عنها . فهنا لا يتصور إذن أن يأخذ صاحب الحكر بالشفعة الأرض المبيعة
 إذا بيع ملك رقبتها » . ويؤخذ على ذلك أنه ليس من الضرورى ، عند استبدال العين الموقوفة
 المحكرة ، أن يكون الاستبدال واقعاً على كل العين حتى يصح القول بأن الحكر ينتقل إلى الأرض
 البديلة عنها . ولكن يجوز - وهذا هو الأرجح عملياً - أن يقع الاستبدال على رقبة العين المحكرة
 وحدها . فيبقى الحكر على العين الأصلية ، وعندئذ يأخذ صاحب الحكر الرقبة بالشفعة . ويكون
 ذلك قبل تسجيل عقد البيع (منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٢) وانتقال ملكية العين
 الموقوفة إلى المشتري وصيرورتها ملكاً ، فلا تكون صفة الوقف قد زالت ويستتبع زوالها
 انتهاء الحكر .

(٢) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الاتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة . (٣) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين ، وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل » (م ٩٣٦ بند هـ مدني) (١) .

ونرى من ذلك أنه يجب مبدئياً التمييز بين المباني والأراضي المعدة للبناء من جهة ، والأراضي غير المعدة للبناء ويغلب أن تكون هي الأراضي الزراعية من جهة أخرى . فكل المباني القائمة فعلاً ، سواء كانت قائمة في المدن أو في القرى ، داخل حدود المباني أو خارجها ، تدخل في الطائفة الأولى . وتدخل في الطائفة الأولى أيضاً الأراضي التي لا تقوم عليها مبان فعلاً ولكنها تعتبر أراضي معدة للبناء . ويرجع في تحديد هذه الأراضي المعدة للبناء إلى الخرائط التي تعين حدود المدينة أو القرية (الكردون) (٢) ، فإذا كانت الأرض تدخل في نطاق هذه الحدود فهي أرض معدة للبناء ، حتى لو كان صاحبها قد خصصها مؤقتاً لغرض آخر كالزراعة . والأرض التي لا تدخل في نطاق هذه الحدود تعتبر أرضاً غير معدة للبناء ، وذلك ما لم يكن صاحبها قد أعدها بالفعل لتكون أرض

(١) وللجار في هذه الأحوال الثلاث أن يشفع في العقار إذا بيع ، حتى لو كان هذا العقار المبيع حصة شائعة في عقار مملوك لعدة شركاء على الشيوع ، ولم يطلب أحد الشركاء في الشيوع وهو مقدم على الجار أخذ الحصة الشائعة بالشفعة . ولا تتوقف شفعة الجار على نتيجة القسمة ، إلا إذا اقتسم المشتري العقار الشائع مع شركائه وأفرزت الحصة التي اشتراها فكانت غير مجاورة لعقار الجار ووقع كل ذلك قبل ثبوت حق الجار في الشفعة . أما إذا ثبت حق الجار في أخذ الحصة الشائعة بالشفعة ، فقد أصبح هذا الحق باتاً أيًا كانت نتيجة القسمة فيما بعد . ذلك بأنه وقت بيع الحصة الشائعة كان شرط الجوار متوافراً ، وبقي متوافراً إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة . ولو وجب انتظار نتيجة القسمة ، فقد لا تطلب القسمة ويضيع على الشفيع حقه . أنظر في هذا المعنى استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٨٢ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤٩ - ١٦ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٤٥ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٠ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٧ ص ٢٦١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠٨ - عبد المنعم فرج الصدة ٢٨٨ - وانظر عكس ذلك وأن حق الجار في طلب الشفعة يكون موقوفاً على نتيجة القسمة استئناف مصر ٢٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ١ رقم ١١٣ ص ١٤٧ - على زكى العرابي فقرة ٥٨ ص ٣٥ - ص ٣٦ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٤٠ .

بناء فتعتبر في هذه الحالة أرضاً معدة للبناء (١). فإذا استبعدنا المباني القائمة فعلاً والأراضي المعدة للبناء على التحديد الذي ذكرناه . كان ما بقي من

(١) وكون الأرض غير الداخلة في نطاق « كردون » المدينة أو القرية تعتبر قد أعدت فعلاً للبناء فتكون أرضاً معدة للبناء مسألة واقع يبت فيها قاضي الموضوع ، دون معقب عليه من محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا كان الحكم الذي اعتبر الأرض غير معدة للبناء ، فلا يكفي للشفعة فيها الجوار من جهة واحدة ، قد أقام قضاؤه على أن المنطقة التي تقع فيها واسعة المساحة وغالبها منزرع ، وأن ما فيها من أبنية قليل ، فانه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (نقض مدني ١٠ يونيو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٣ ص ٦٣٩) . وانظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٣١ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٢ ص ٢٥٦ في الهامش . محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٠ ص ٤٢٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٩٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٢ - ص ٤١٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٧ - ص ٣١٨ . والعبرة في الأرض المشفوع فيها بحالتها وقت بيعها ، فإذا كانت غير معدة للبناء سرت الأحكام الخاصة بالأراضي غير المعدة للبناء ، حتى لو كان المشتري أو الشفيع مزماً أن يعدها للبناء (انظر في هذا المعنى عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣) . والذي يعتد به بوجه عام هو إعداد البائع الأرض للبناء ، لإعداد المشتري لها . فإذا اشترى شخص أرضاً زراعية لتقسيمها وبيعها للبناء ، فلا تثبت الشفعة إلا إذا توافر شروط الجوار من جهتين وشرط القيمة ، لأنها تعتبر أرضاً زراعية كما أعدها البائع ، ولا تعتبر من أراضي البناء كما سيعدها المشتري (محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٣١ ص ٢٢٤) . ومع ذلك إذا كانت الأرض معدة لتقسيمها إلى قطع للبناء بحكم ملاصقتها للمباني وانتشار العمران بالجهة التي هي فيها ، فانها تعتبر أرض بناء ، حتى لو وصفت في عقد البيع بأنها أرض زراعية وقدرت مساحتها بالفدان وكانت مؤجرة للزراعة ولا يزال يدفع عنها المال باعتبارها أرضاً زراعية (استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤٩ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٣١ ص ٢٢٤ - ص ٢٢٥) . وقضى بوجوب اعتبار الأرض زراعية ، ولو عين لها ثمن عال قدر بالذراع لا بالفدان ، مادامت الأرض واقعة خارج منطقة المباني بالقرية Agglomération bâtie (استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠٩) . وقضى بأنه يجب البحث عن تخصيص الأرض وعملاً إذا كانت توجد في منطقة بناء ، وكلما ظهر أن منطقة البناء هذه قريبة من قرية قريباً كافياً بحيث يمكن اعتبارها بالفعل ، إن لم يكن من الوجهة الإدارية ، جزءاً منها ، فان الأرض تكون أرض بناء (استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٠٤) . وقضى بأن العبرة في الأرض المعدة للبناء بالتخصص الحالي الناشئ من موقعها في مدينة أو قرية ، لا بالتخصص الشخصي الذي قد يكون احتمالياً (استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠٩) . وكان قد قضى بأن لو كانت ميناهاوس لا تعتبر داخلة ضمن دائرة المباني أو الأراضي المعدة للبناء في المدن أو القرى ، لأنها متصلة من جهة بالصحراء ، ومن جهة أخرى بأراضي زراعية شاسعة تروى في أوقات دورية (استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٤ - ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠٩) .

الأراضي يعتز أراضي غير معدة للبناء - ويتقلب أن تكون أرضاً مزروعة أو معدة للزراعة - وتدخل في الطائفة الثانية .

والشفعة في المباني والأراضي المعدة للبناء - وهذه هي الحالة الأولى للجوار - يكفي فيها مجرد الملاصقة . أما الأراضي غير المعدة للبناء . فالشفعة فيها لا تكون بمجرد الملاصقة . بل يجب أيضاً فوق ذلك أحد أمرين : إما أن يكون للأرض أو عليها حق ارتفاع بالنسبة إلى الأرض المشفوع فيها وهذه هي الحالة الثانية للجوار . أو أن تكون الأرض ملاصقة للأرض المشفوع فيها من جهتين وتساوي في الوقت ذاته نصف ثمن هذه الأرض الأخيرة على الأقل وهذه هي الحالة الثالثة للجوار . ونستعرض تفصيلاً كلا من هذه الأحوال الثلاث .

١٨٥ - الحالة الأولى للجوار - المباني والأراضي المعدة للبناء : يكفي

للأخذ بالشفعة . في هذه الحالة . أن يكون العقاران المشفوع به والمشفوع فيه متجاورين . أي متلاصقين من جهة واحدة ^(١) . ولا يطلب أي شرط آخر . كوجود حق ارتفاع أو التلاصق من جهتين أو قيمة معينة للعقار المشفوع به . فهذه الشروط إنما تطلب بالإضافة إلى التلاصق في الأراضي غير المعدة للبناء . أي في الحالتين الثانية والثالثة . كما سبق القول .

أما في حالة المباني والأراضي المعدة للبناء . وهي الحالة الأولى التي نحن بصدددها . فيكفي التلاصق من جهة واحدة كما قدمنا . وإذا كان كل من العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه أرضاً معدة للبناء . فالتلاصق يكون بين

(١) ويجب أن يكون التلاصق موجوداً وقت البيع إلى وقت طلب الشفعة (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٥) . وعلى الشفيع إثبات ذلك (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٦١ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٥) . ويجوز الرجوع في الإثبات إلى عقد تمليك الشفيع ولو لم يكن له تاريخ ثابت ، كما يجوز إثبات ذلك بالمعينة . وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تسجيل عقد القسمة لا يمنع غير المتقاسمين من التمسك بحصول القسمة ، وخروج أحد الشركاء بمقتضاها من الشيوع واستقلاله بجزء من العقار وفقدانه تبعاً لذلك حق طلب الشفعة ، وذلك لأن التسجيل إنما شرع لفائدة الغير صوناً لحقوقهم ، فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم ولا بنفع على من لم يقيم به . (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٤٢ ص ٨٧ - وانظر نقض مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٠٦ رقم ٣) .

الأرضين بداهة . وإذا كان كل من العقارين . أو كان أحدهما . بناء مقاماً على أرض كمنزل مقام على أرض بعضها حديقة للمنزل أو فناء له . فالتلاصق هنا أيضاً يكفي أن يقوم بين الأرض المقام عليها البناء والأرض الأخرى سواء أقيم عليها بناء أو كانت أرضاً فضاء^(١) . أما إذا كان الشفيع يشفع ببناء يملكه دون الأرض المقام عليها البناء ، كأن كان مستأجراً للأرض وأقام عليها بناء^(٢) ، فإن البناء المشفوع به نفسه . وليس الأرض وحدها . يجب أن يكون ملاصقاً للعقار المشفوع فيه . فإن كان هذا العقار المشفوع فيه ذو أيضاً بناء بيع وحده دون الأرض التي أقيم عليها . وجب أن يقوم التلاصق بين البنائين نفسيهما . ويتحقق ذلك إذا قام بينهما حائط فاصل سواء كان هذا الحائط مشتركاً أو غير مشترك^(٣) .

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣ .
(٢) أنظر في الفرق بين المستأجر والمحتكر نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧١٠ رقم ٣٠ .
(٣) وقد فرضنا فيما قدمناه أن ملكية الأرض منفصلة عن ملكية البناء . وقد يكون صاحب البناء له حق القرار على الأرض بموجب حق عيني ثبت له في الأرض ، كحق انتفاع أو حق حكر فإذا فرضناه شقيقاً ، كان له أن يشفع بالبناء الذي يملكه دون الأرض كما قدمنا ، وكن له أيضاً أن يشفع بحق الانتفاع أو بحق الحكر الثابت له في الأرض وهو حق عيني في عقار فيكون عقراً متميزاً عن رقبة الأرض . وهو في الواقع من الأمور يشفع بالعقارين معاً ، البناء المقام على الأرض وحق الانتفاع أو حق الحكر الثابت له في الأرض . فيشفع بالبناء مقترناً بحق القرار على الأرض . فيكفي أن تكون الأرض . دون البناء ، هي الملاصقة للعقار المشفوع فيه . وإذا كان يشفع في بناء بيع دون الأرض ، وكان لهذا البناء حق القرار على الأرض بموجب حق انتفاع أو حق حكر ، فإنه يشفع في هذه الحالة في البناء مقترناً بحق الانتفاع أو بحق الحكر ، فتكفي ملاصقة عقاره الذي يشفع به للأرض المقام عليها البناء المشفوع فيه .

أنظر في هذه المسألة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٤ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٠٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣ - ص ٤١٤ - حسن كبيرة ص ٦ - ص ٧ - وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤١ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٨ (حيث يذهب إلى أن صاحب حق الانتفاع لا يشفع في العقار المجاور له) .

وإذا قام شخص بناء على أرض اشتراها قبل أن يسجل عقد شرائه ثم سجل عقد الشراء ، فبفضل الأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعدين الذي نقول به (أنظر مايلي فقرة ١٨٩ في الهامش) يعتبر مالكاً للأرض ، بالنسبة إلى المشتري المشفوع ضده ، من وقت العقد لا من وقت التسجيل . ومن ثم يكفي أن تكون الملاصقة قائمة بين العقار المشفوع فيه والأرض التي اشتراها وأقام عليها البناء ، دون هذا البناء نفسه .

ويمنع التلاصق على الوجه المتقدم أن يكون هناك بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه فاصل غير مملوك للشفيع (١). فإذا فصل ما بين العقارين ترعة عامة أو مصرف عام أو طريق عام ، لم يتحقق التلاصق (٢). أما إذا كانت الترعة أو المصرف أو الطريق مملوكا للشفيع أو مملوكا للبائع أو مشتركا بينهما ، فإن التلاصق يتحقق (٣) ، ولا يحول دون تحقق التلاصق في هذه الحالة أن يكون للغير حق ارتفاق على الترعة أو المصرف أو الطريق ، فإن حق الارتفاق لا يمنع أن يبقى صاحب العقار مالكا لعقاره (٤). وإذا كان الفاصل بين العقارين قطعة أرض مملوكة للغير ، أو مملوكة للبائع دون الشفيع ولم

(١) استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٢ - ٣ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨٨ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٧ .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ - ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٥ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٣ - ١٦ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٠ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان بين الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها طريق مشترك من جهة ومصرف مشترك من جهة ثانية ، فإن هذا لا يمنع من الشفعة متى كان الطريق والمصرف خصوصيين ، إذ يكون إخبار متحققاً من الجهتين (نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥) . وقضت أيضاً بأنه إذا كانت السكة الزراعية الفاصلة بين الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها مملوكة لصاحبي الأرضين مناصفة ، فإن إخبار بين الأرضين يكون قائماً (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ ص ٤٨٤) . وقضت كذلك بأن المصرف الذي يفصل بين جارين لا يعتبر معه التلاصق بين الأرضين غير قائم إلا إذا كان غير مملوك للجارين ، أما إذا كان مشتركاً بينهما فالتلاصق قائم (نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠١ ص ٥٥٥) . وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٧ - ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٢١ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤٩ - وانظر عكس ذلك استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٨٨ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن وجود مصرف في العقار المشفوع فيه فاصل بينه وبين العقار المشفوع به ، ومخصص لمصرف مياه أراض أخرى ، لا يمنع قيام حالة إخبار بين العقارين بالمعنى المقصود في الشفعة ، فإن وجود حق ارتفاق للغير على أرض المصرف لا يخرج هذه الأرض عن ملكية صاحب العقار المشفوع فيه ، بل هي تغل جزءاً من العقار . فالحكم الذي يعتبر وجود مثل هذا المصرف مانعاً من التلاصق المشروط في الشفعة ، مجرد تحمله بحق ارتفاق للغير مما يستحيل معه إزالته ، يكون خاطئاً (نقض مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٩ ص ٢٤٢) .

يشملها البيع ، فإن التلاصق لا يتحقق (١) . وقد يفتح ذلك باب التحايل لمنع الشفعة . فيقتطع البائع من الأرض المبيعة شريطاً هو الملاصق للعقار المشفوع به والممتد على طول حده المجاور . فيحتفظ بملكيته ولا يدخله في البيع حتى يفصل به ما بين العقارين المشفوع به والشفوع فيه ، أو يهبه للمشتري منعاً للشفعة أيضاً . وقد أجاز هذا النوع من التحايل بعض فقهاء الشريعة الإسلامية . بدعوى أن الشفعة حق ضعيف (٢) . ولكن الصحيح أن التحايل على القانون لا يجوز . فإذا فعل البائع شيئاً من ذلك . جاز للشفيع أن يثبت التحايل بجميع طرق الإثبات ، ومتى كشف عن الحقيقة وجب الأخذ بها وإعطاء الشفيع حقه في الأخذ بالشفعة (٣) .

(١) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٣ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٥٥ - ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ٢٤ ص ٢٣٢ .
(٢) أنظر أيضاً في معنى جواز التحايل : استئناف وطني ٤ يناير سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٢ ص ١٥٩ - دشنا ٢٩ مارس سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٥٢٣ - استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٨ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن التحيل لإبطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها ، لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر . فإذا ما أجزى التحيل لإبطالها ، كان ذلك عوداً عن مقصود الشارع يلحق الضرر الذي قصد إبطاله ، فكل تحيل لإبطال الشفعة لا يصح للمحاكم أن تقره بوجه من الوجوه . واستخلص المحكمة من ظروف الدعوى ووقائعها أن المشتري قد أراد بتجزئة الصفقة التي اشتراها التحيل لمنع من له أن يشفع فيها من أخذها بالشفعة . هو من أمور الموضوع التي يفصل فيها قاضي الدعوى دون معقب عليه (نقض مدني ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٤ ص ٦٨٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان كل ما قصده الحكم بالفش أو التدليس الذي أسنده إلى الطاعن إنما هو الاحتيال بقصد تعطيل حق مقرر بمقتضى القانون ، وهو عمل لا يجوز إقرار مرتكبه عليه ويجب رد سببه عليه ، وكان الحكم قد استخلص عناصر الاحتيال من الوقائع التي أوردتها ، فإن النعي عليه بالقصور أو مخالفة القانون في هذا الخصوص يكون على غير أساس (نقض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٦ ص ٦٧٨) - وقضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يمنع الشفعة أن يترك البائع جزءاً من الأرض المبيعة لا يدخله في البيع تحايلاً لإسقاط الشفعة (استئناف مصر ١٣ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٥ ص ٦٢٥) - وانظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف وطني أول ديسمبر سنة ١٨٩٦ الحقوق ١٢ ص ٩ - استئناف مصر ٢٧ يونيو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٦٨ ص ٩٣٥ - استئناف مختلط ١١ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٣٢ - ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٣٥ - ٧ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٤١ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٥ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٣ - ٣ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣١٨ - محمد كامل مرسي ٣ ص ٢٤٢ - ٢٤٧ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٣ ص ٢٥٨ - إسماعيل غانم ص ٧٢ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٦ ص ٤٢٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٦ - حسن كبيرة ص ٦ .

فإذا كان العقاران المشفوع به والمشفوع فيه متلاصقين على النحو الذى فصلناه . فإنه يكفى لتحقيق التلاصق أن يكون قائما بين العقارين بأى امتداد مهما صغر . ولو كان بشبر واحد . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه لما كان الشارع قد استمد شفعة الحار من فقه الحنفية مكملا بما أورده فى النص من شروط . وكان الرأى فى هذا المذهب هو أن التلاصق ولو بشبر واحد يكفى ويستوى مع التلاصق من ثلاث جهات فى حق الشفعة ، لما كان ذلك . فإنه يكون مخالفا للقانون وللمصدر الذى استمد منه الشارع شفعة الحار أن يضيف الحكم إلى القيود التى أوردها النص قيلا لم يرد فيه . بأن يشترط لثبوت شفعة الحار المالك أن يكون التلاصق على امتداد كاف . فى حين أن المقرر فى قواعد التفسير ألا مساع للاجتهاد فى مورد النص وأن المطلق يجرى على إطلاقه (١) .

والتلاصق ، بأى امتداد مهما صغر . يكفى أيضا أن يكون من جهة واحدة ما دام العقار بناء أو أرضا معدة للبناء . والمعتاد أن يكون التلاصق أفقيا . فيكون العقار المشفوع به ملاصقا للعقار المشفوع فيه ملاصقة جانبية . أى يكون إلى جانبه فى أية جهة من جهاته . ولكن يجوز مع ذلك أن تكون الملاصقة رأسية لا أفقية . فيكون العقار المشفوع به ملاصقا للعقار المشفوع فيه فى أعلاه

(١) نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٠ ص ٧٤٣ - وانظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٠ ص ٤١٩ - ص ٤٢٠ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٥٥ ص ٣٤٨ وفقرة ٢٥٧ ص ٣٥٢ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠٥ ص ٤١٢ - إسماعيل غانم ص ٧١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٦ ص ٤٢٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٦ - حسن كيرة ص ٥ .

وانظر رأيا مخالفا يذهب إلى أن التلاصق يجب أن يكون على امتداد كاف كنصف الحد أو ثلثه . وأن القاضى هو الذى يقدر ما إذا كان التلاصق على امتداد كاف لتبرير الشفعة : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٢ وفقرة ٢٢٨ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٣ ص ٢٥٩ - استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٧ - ٢٧ بونيه سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٢٠٧ . وجيب هذا الرأى واضح ، فهو يفتح الباب للتحكم ، ولاشك فى أنه إذا أعطى للقاضى حق تقدير متى يكون الامتداد كافيا فإن الأنظار تختلف فى ذلك ، وقد تعطى الشفعة محكمة وتمنحها محكمة أخرى . ولذلك رجعت محكمة الاستئناف المختلطة عن هذا الرأى . واكتفت بأى تلاصق مهما صغر (استئناف مختلط ٥ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٦١) .

أو في أسفله ، وهذا يتحقق في ملكية الطبقات (١) . ففي البناء ذى الطبقات المتعددة المملوكة لملاك مختلفين . تكون أعلى طبقة ملاصقة للطبقة التي تليها في أعلاها . وهذه ملاصقة للطبقة الأسفل في أعلاها كذلك . وهكذا . فيجوز إذن أن يشفع صاحب إحدى هذه الطبقات في الطبقة التي هي فوقه مباشرة وفي الطبقة التي هي تحته مباشرة . لأن طبقته ملاصقة لكل من هاتين الطبقتين : الطبقة الأعلى في أسفلها والطبقة الأدنى في أعلاها (٢) . بل إن صاحب الطبقة وهو الحار الرأسي أولى بالشفعة من الحار المعتاد وهو الحار الجانبي . إذ أن الأول يرجح الثاني بأنه فوق ملاصقته للعقار المشفوع فيه شريك أيضاً في الشيوع في الأجزاء المشتركة للعقار كالسلم والباب الخارجي والفناء وما إلى ذلك (٣) . بل إننا نذهب إلى أبعد من ذلك . ونقيم شفعة أصحاب الطبقات لا على مجرد الحوار الرأسي ، ولكن أيضاً على الشركة في الشيوع . ذلك بأن أبنية الطبقات تقوم كلها على الأرض . والأرض تعتبر ملكاً شائعاً لجميع ملاك الطبقات ، وتنص المادة ٨٥٦ / ١ مدني صراحة في هذا المعنى على أنه « إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة . فإنهم يعدون شركاء في ملكية الأرض » . فصاحب الطبقة إذا باعها إنما يبيع معها حصته الشائعة في

(١) وقد نصت المادة ١١٣٠ / ٢ مدني عراقى على ما يأتي : « وإذا كان السفل والعلو لشخصين مختلفين ، اعتبر كل منهما جداراً ملاصقاً للآخر » .

(٢) أنظر في هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٥ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٢ ص ٢٥٦ هامش ١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٢ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٩٧ ص ٤٣٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٨ - وترتيباً على ذلك إذا أقيم بناء على أرض وكانت الأرض والبناء مملوكين للمالكين مختلفين ، فإن لكل منهما أن يشفع في عقار الآخر ، فإذا بيع البناء شفع فيه صاحب الأرض ، وإذا بيعت الأرض شفع فيها صاحب البناء (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣) . وترتيباً على ذلك أيضاً ، إذا تهدم العلو الذي له حق القرار على السفل ، فإن حق القرار نفسه يكون عقاراً ملاصقاً للسفل ، فإذا بيع حق القرار هذا شفع فيه صاحب السفل ، وإذا بيع السفل شفع فيه صاحب حق القرار (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٥ ص ٢١٥) . وترتيباً على ذلك أخيراً ، إذا كانت الدار ذات ثلاث طبقات ، وبيعت الطبقة الوسطى شفع فيها كل من صاحب الطبقة العليا وصاحب الطبقة السفلى . أو بيعت الطبقة العليا أو الطبقة السفلى شفع فيها صاحب الطبقة الوسطى (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٥ ص ٢١٦) .

(٣) أنظر في هذا المعنى محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٢ ص ٤٢٤ .

الأرض التي أقيمت عليها طبقته ، فيشفع الشركاء الآخرون كل بحصته الشائعة في الأرض ، في الطبقة التي بيعت ^(١) . والشيوع هنا أقوى من الشيوع العادي . فهو شيوع إجباري لا يستطيع الشركاء أن يطلبوا فيه القسمة ليتخلصوا من مضاره ، فأولى أن يكون لهم حق الشفعة حتى يتخلصوا من هذه المضار ولو تخلصوا جزئيا . وإذا أخذ بوجهة النظر هذه ، ترتب على الأخذ بها أن صاحب الطبقة يكون شفيعا في كل الطبقات الأخرى ولو لم تكن ملاصقة لطبقته فهو لا يشفع باعتباره جارا ملاصقا ، وإنما يشفع باعتباره شريكا في الشيوع في الأرض التي أقيمت عليها الطبقات ^(٢) .

١٨٦ — الحالة الثانية للجوار — لأرضي المبيعة أو عليها من ارتفاع

لأرضي الجار: وفي هذه الحالة نواجه أراضي غير مبنية وغير معدة للبناء ، وهي — أكثر ما تكون — أراضي زراعية . ويجب بادئ ذي بدء ، لحواز الأخذ بالشفعة هنا ، أن تكون الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها متلاصقتين . وقد بسطنا القول في شرط التلاصق في أراضي البناء . وينطبق هنا ما قلناه هناك .

ولا يكفي التلاصق هنا ، وكان يكفي في المباني وفي الأراضي المعدة للبناء كما سبق القول . بل يجب في هذه الحالة الثانية أن تكون هناك صلة أخرى بين الأرضين فوق التلاصق ، هي أن يكون هناك حق ارتفاق للأرض المشفوع فيها على الأرض المشفوع بها ، أو حق ارتفاق للأرض المشفوع بها على الأرض المشفوع فيها ^(٣) . فيرتب على الأخذ بالشفعة أن يزول حق الارتفاق في

(١) ولعل هذا المعنى يمكن أن يستفاد مما دار من المناقشة في لجنة الأستاذ كامل صدق . إذ « أشار الرئيس إلى حالة ملكية الطبقات ، ورأى قياس هذه الحالة على حالة الملكية المشتركة ، فوافقت اللجنة على هذا الرأي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ في الهامش) .

(٢) قرب من هذا الرأي محمد علي بركة ٢ فقرة ٢٤٢ ص ٤٢٤ — وقد نصت المادة ٢٣٩ (٦) من قانون الملكية العقارية اللبناني (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن « يثبت الحق في الشفعة . . . (٦) لأصحاب طوابق البناء المتعددة عند بيع أحد هذه الطوابق » .

(٣) ولا يشترط بعد ذلك أن يكون التلاصق في حدين أو أن تكون للأرض المشفوع بها قيمة معينة . فإن قيام حق الارتفاق وحده يفي عن كل ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفي لقيام الحكم القاضي بالشفعة أن يثبت جوار الشفيع في حد واحد بقطعة أرض عليها حق ارتفاق لمصلحة الأرض المشفوع فيها ، دون الاعتداد في هذه الحالة بنسبة قيمة أرض الجار إلى قيمة الأرض المشفوع فيها (نقض مدني ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣١ ص ٩٠٢) .

الفرضين ، وإما أن تتخلص الأرض المشفوع بها مما عليها من حق ارتفاق للأرض المشفوع فيها في الفرض الأول ، أو تتخلص الأرض المشفوع فيها من حق الارتفاق الذي عليها للأرض المشفوع بها في الفرض الثاني (١) . وفائدة الشفيع في أن تتخلص أرضه من حق الارتفاق الذي عليها في الفرض الأول واضحة . وكذلك له فائدة في أن يزول حق الارتفاق الذي لأرضه على الأرض المشفوع فيها في الفرض الثاني ، إذ يصبح مالكا للأرض المرتفق بها وتزول أسباب النزاع التي تتولد عادة من وجود حق ارتفاق لأرض على أخرى (٢) .

وحق الارتفاق الذي يكون لأرض على أخرى ، فيسوغ الأخذ بالشفعة ، قد يكون مصدره الاتفاق . فيجوز الاتفاق بين صاحبي أرضين متلاصقتين على أن يكون لإحدهما حق ارتفاق على الأخرى ، كارتفاق بالشرب

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القانون يسوى في ثبوت الشفعة بين أن يكون حق الارتفاق للأرض المشفوع فيها وللأرض المشفوع بها ، فلا جدوى من الطعن في الحكم بمقولة إنه أخطأ في التقرير بوجود حق ارتفاق لأرض الشفيع على الأرض المشفوع فيها ، في حين أن النابت هو أن حق الارتفاق للأرض المشفوع فيها على أرض الشفيع (نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمره رقم ٣١٠ ص ٦١٥) .

(٢) أنظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٣٦ - وقد حاول بعض أعضاء لجنة الأستاذ كامل صدق اشتراط أن يكون حق الارتفاق الذي يبيع قيامه الأخذ بالشفعة ذا أهمية حيوية . فعندما استطرد رئيس اللجنة قائلا إن الأمر يقتضي بحث الفقرة (ب) التي تقرر حق الشفعة للجار في حالة وجود حق ارتفاق ، وطلب إلى الأعضاء الإدلاء بملاحظاتهم بشأن هذه الفقرة ، قال أحد الأعضاء « إن كثيراً من حقوق الارتفاق غير ذي أهمية ، لذا فالرأي عنده أن يقصر منع حق الشفعة على الحالات التي يوجد فيها حق ارتفاق على جانب من الأهمية عظيم » . وأضاف عضو آخر « أنه لما كان مرد حق الشفعة في هذه الحالة مصلحة اقتصادية ، فن المتعين أن يكون حق الارتفاق الذي يستند إليه الشفيع في استعمال حقه في الشفعة ذا أهمية حيوية ، وساق لذلك مثلاً حق ارتفاق الشرب والمسيل » . وأيد عضو ثالث هذا الرأي « مقترحا النص على أن يكون حق الارتفاق هاما أو ذا منفعة جدية » . وتساءل أحد الأعضاء « عما إذا كان المراد استبعاد حقوق الارتفاق في المدن ، وقصر حق الشفعة على حالات الارتفاق في القرى » . فأجاب رئيس اللجنة « بأنه لا محل لهذه التفرقة ، بل لا محل في رأيه للتمييز بين حقوق الارتفاق تبعاً لأهميتها ، إذ أن هذا التمييز سيكون مصدراً لمنازعات وصعوبات جمة ، إذ سيطلب إلى القضاة تقدير أهمية حق الارتفاق في حالات الشفعة هذه ، والواقع أن قيام حق ارتفاق كاف في ذاته » . فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٨ في الهامش) .

أو بالمجرى أو بالصرف أو بالمرور^(١). وقد يكون مصدر حق الارتفاق الوصية أو تخصيص المالك الأصلي^(٢) أو التقادم، وأيا كان المصدر فثمة حق ارتفاق يجز الأخذ بالشفعة. ومثل حقوق الارتفاق القيود القانونية التي تحد من منفعة عقار لمصلحة عقار آخر. وقد سبق بيان هذه القيود تفصيلاً عند الكلام في القيود القانونية التي ترد على حق الملكية. فالقيود المتعلقة بالرى من شرب ومجرى ومسيل. والقيود المتعلقة بالمطلات المواجهة أو المنحرفة، وحق المرور القانوني، كل هذه قيود قانونية. وقد رأينا أن هناك رأياً يذهب إلى أنها حقوق ارتفاق قانونية. وأيا كان تكييفها، وسواء اعتبرت قيوداً قانونية أو حقوق ارتفاق قانونية. فإن قيام أى منها يسوغ الأخذ بالشفعة^(٣).

ولا مانع من أن يتحقق التلاصق بين العقارين في نفس المكان المقرر عليه حق الارتفاق^(٤). كذلك لا يمنع من الأخذ بالشفعة أن يكون حق الارتفاق المقرر على الأرض المشفوع بها لمصلحة الأرض المشفوع فيها مقررًا مثله أيضاً

(١) وقد قضى بجواز الأخذ بالشفعة متى كان كل من صاحبي الأرضين يملك نصف السكة الزراعية التي اتفقا على عملها على حسابهما، وكان لكل منهما حق الانتفاع بالمرور فيها كلها، فإن كلا منهما في انتفاعه بالمرور إنما يستعمل حق ملكيته في النصف المجاور لأرضه وحق الارتفاق على النصف الآخر (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ ص ٤٨٤).

(٢) وقد قضى بأن رى عقارين من مسقة واحدة أنشئت بتخصيص المالك الأصلي، وقيام حق ارتفاق بالرى بعد تقسيم المقارات، من شأنه أن يسوغ استعمال حق الشفعة بأحد العقارين في العقار الآخر (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٢١).

(٣) أنظر في هذا المعنى عبدالمعظم فرج الصدة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٥ - ٤١٦.

(٤) وقد قضى بأنه لا يوجد قانوناً ما يمنع من أن يكون الطريق المقرر عليه حق الارتفاق هو نفسه الذي يتوافر به الحوار (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ ص ٤٨٤). وقضى أيضاً بأنه إذا استخلصت محكمة الموضوع أن المسقة الخاصة الفاصلة بين أرض الشفيع والأرض المشفوع فيها مملوكة مناصفة للثنين، مما يفيد أن حق ارتفاق الرى المقرر عليها هو مقرر على ذات الأرض المشفوع فيها التي يدخل فيها نصف المسقة، فإنها لا تكون بذلك قد خالفت القانون (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤). وانظر أيضاً نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠١ ص ٥٥٥ - وانظر في المعيار الذي يؤخذ به لمعرفة ما إذا كانت التربة ترعة عامة أو ترعة خاصة نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٦٢ ص ٤٢٣ - وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٣ ص ٤٢٦.

لمصلحة أراض أخرى . فإذا كان هناك حق صرف أو حق مرور مثلاً مقرر لمصلحة عدة أراض على أرض الشفيع ، وبيعت إحدى هذه الأراضي ، فإن للشفيع أن يأخذ الأرض المبيعة بالشفعة ، ولا يمنعه من ذلك أن حق الارتفاق يبقى قائماً على أرض الشفيع لمصلحة الأراضي الأخرى التي لم يجر بيعها . ذلك أن الشفيع ، إذا لم يتخلص في هذه الحالة من حق الارتفاق تخلصاً كلياً ، فقد تخلص منه تخلصاً جزئياً . وهذه على كل حال خطوة نحو التخلص منه نهائياً . وكذلك لا يمنع من الأخذ بالشفعة أن يكون حق الارتفاق المقرر على الأرض المشفوع فيها لمصلحة الأرض المشفوع بها مقررًا مثله لمصلحة أراض أخرى ، فإن الأخذ بالشفعة في هذه الحالة أيضاً . إذا كان لا يقضي حق الارتفاق قضاء كلياً ، فهو على كل حال خطوة نحو تحقيق ذلك (١) .

وإذا كان سبب الأخذ بالشفعة قيام حق ارتفاق للأرض المشفوع فيها على الأرض المشفوع بها ، وكان المبرر للأخذ بالشفعة في هذا الفرض هو قضاء حق الارتفاق ، فإن هذا المبرر يزول إذا نزل المشتري عن حق الارتفاق لمصلحة الشفيع . فإذا كانت الأرض المشفوع بها محملة بحق مرور مثلاً لمصلحة الأرض المشفوع فيها ، فإن المشتري لهذه الأرض الأخيرة ، وقد انتقل إليه حق المرور مع الأرض المبيعة ، يستطيع أن ينزل عن هذا الحق فيزول ، ولا يعود هناك مبرر للشفيع في الأخذ بالشفعة . فيسقط حقه في ذلك (٢) . والمقرر في هذا

(١) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن اشتراك الغير في الانتفاع بحق الارتفاق الذي للأرض المشفوع فيها أو الأرض المشفوع بها لا يحرم الشفيع من التمسك بحق الارتفاق للمطالبة بالشفعة ، لأن القانون لم يشترط أن يكون حق الارتفاق الذي على الأرض المشفوع فيها مقررًا لمصلحة أرض الجار دون غيرها ، أو أن يكون حق الارتفاق الذي على أرض الجار مقررًا لمصلحة الأرض المشفوع فيها وحدها (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ ص ٤٨٤ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم . وانظر أيضاً نقض مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٩ ص ٢٤٢ - استئناف مختلط ٢٤ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٢٩) - وانظر أيضاً في هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٥ ص ٢٢٨ وفقرة ٢٣٧ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٨ - وانظر عكس ذلك استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٩٩ .

(٢) استئناف وطني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٥٥ ص ١٨٢ - ٥ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٠٠ ص ٣١٥ - استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ =

الشأن أن نزول المشتري عن حق الارتفاق لا يكون له هذا الأثر إلا إذا وقع قبل رفع دعوى الشفعة ، فإذا رفعت هذه الدعوى لم يعد لنزول المشتري عن حق الارتفاق من أثر ، لأنه لا يستطيع بعمله وحده أن يغير من النتائج القانونية التي تترتب على رفع الدعوى فيحرم الشفيع من حق الشفعة ، وهو حق أقره له القانون وقام هو بالمطالبة به (١) . وهناك رأى يذهب إلى أن نزول المشتري عن حق الارتفاق ينتج أثره ويسقط حق الشفيع حتى لو وقع بعد رفع دعوى الشفعة ، بشرط أن يقع قبل صدور الحكم بالشفعة أو التسليم بها من جانب المشتري ، إذ يشترط للأخذ بالشفعة أن يظل سببها قائماً من وقت صدور البيع إلى أن يحكم بها أو يسلم بها المشتري (٢) . وعندنا أن حق الشفيع يثبت بمجرد

= ص ١٥٤ - ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٥ ص ٢٢٨ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٣ ص ٤٢٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٦ .

وقد اكتفى في لجنة الأستاذ كامل صدق بما استقر عليه القضاء في هذا الشأن . إذ لما استفسر أحد الأعضاء « عما إذا كان من المستحسن أن يضاف إلى النص الذي تمت الموافقة عليه ما يفيد سقوط حق الشفعة في حالة التنازل عن حق الارتفاق قبل رفع الدعوى ، ولفت النظر إلى حكم أصدرته محكمة الاستئناف المختلطة في ١٠ مارس سنة ١٩٢١ جاء فيه أن تنازل المشفوع ضده أثناء سير الدعوى عن حق الارتفاق المقرر له على أرض الجار لا يترتب عليه رفض طلب الشفعة » ، قال رئيس اللجنة إنه يرى إدخال هذه الإضافة . « وبعد مناقشة استقر رأى اللجنة على عدم الأخذ بها ، اكتفاء بالرأى الذي جرى عليه القضاء في هذه الحالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٩ في الهامش) .

(١) استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢١٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٥ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٣ ص ٤٢٦ - وقد قضت محكمة النقض بأن البحث فيما إذا كان التنازل بعد رفع الدعوى عن حق الارتفاق يسقط حق الشفعة أولاً يسقطه مجاله أن يكون هذا التنازل قد تم وفقاً للقانون . ولا يتم التنازل عن حق الارتفاق وفقاً للقانون إلا إذا كان هذا التنازل قد حصل شهره وفقاً لقانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الذي حصل التنازل وقت سريانه . ولا يفي عن ذلك مجرد التقرير بالتنازل عن حق الارتفاق في الدعوى بعد رفعها (نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٤ ص ١٢٠١) .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٥٦ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٠١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٨ - ص ٣١٩ .

إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة ، إذ تكون عناصر الشفعة قد تكاملت ، وبتكاملها يثبت حق الشفيع ويحل محل المشتري في البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة. وليس رفع دعوى الشفعة بعد ذلك وصدور الحكم بثبوت الشفعة إلا تقريراً لما تم من أثر قانوني ترتب مباشرة على إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . ومقتضى هذا النظر أن نزول المشتري عن حق الارتفاق لا يكون له أثر في إسقاط حق الشفيع إلا إذا صدر قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . وليس قبل صدور الحكم بثبوت الشفعة أو قبل رفع الدعوى بالشفعة (١) .

١٨٧ - الحالة الثالثة للمجوار - أرض المجار ملاصقة للأرض المبيعة

من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل :
وهنا أيضاً نواجه أراضى غير مبنية ولا هي معدة للبناء . وهي أكثر ما تكون أراض زراعية . وقد حل محل شرط قيام حق الارتفاق ، الواجب توافره في الحالة الثانية ، شرطان يجب توافرها في هذه الحالة الثالثة : (١) ملاصقة أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهتين . (٢) كون أرض الشفيع لا تقل في القيمة عن نصف ثمن الأرض المبيعة . ونبحث كلا من هذين الشرطين :

(الشرط الأول) ملاصقة أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهتين :
لا يكفي هنا ، في هذه الحالة الثالثة كما كان ذلك كافياً في الحالتين الأولى والثانية ، ملاصقة أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهة واحدة ، بل يجب الملاصقة من جهتين . وهذا من شأنه أن يوثق صلة الجوار ما بين الأرضين ويقوم ، إلى جانب قيمة أرض الشفيع ، مقام حق الارتفاق في توثيق صلة

(١) أما إذا كانت الأرض المشفوع بها هي التي لها حق ارتفاق على الأرض المشفوع فيها ، وعرض المشتري أن ينهى حق الارتفاق بنزوله للشفيع عن قطعة الأرض التي يباشر فيها هذا الأخير حق ارتفاقه ، فإن ذلك يجوز ، ولكن بشرط ألا يطلب المشتري مقابلاً للأرض التي ينزل عنها للشفيع . وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كانت الشفعة سبباً لكسب الملكية وتثبت متى توافرت لدى الشفيع الشروط المقررة للأخذ بها ، فلا يجوز أن يعارض هذا الحق بعرض المشتري التنازل عن أرض المسماة التي يدعى الشفيع أن له ارتفاقاً عليها مقابل ثمن يتقاضاه من الشفيع ، إذ لا سند في القانون لإجبار الشفيع على قبول هذا العرض (نقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٠٨ رقم ١٧) .

الحوار في الحالة الثانية . فالملاصقة من حد واحد إذن لا تكفي . ولو كانت في نقطتين من هذا الحد (١) . بل ولو كانت على طول هذا الحد الواحد بأكمله (٢) .

فيجب إذن أن تكون الملاصقة من جهتين أو من حدين (٣) . والمقصود بالجهة أو الحد جهة من الجهات الأصلية الأربع : الشرق أو الغرب أو الشمال أو الجنوب . وليس يلزم أن تكون الجهتان الواجب الملاصقة فيهما متجاورتين . بل يصح أن تكونا غير متجاورتين . فكما يجوز أن تكون الملاصقة من الشمال والشرق أو من الغرب والجنوب ، يجوز أيضاً أن تكون من الشرق والغرب

(١) استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٧١ - قنا الكلية ٢٥ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٦ ص ٤٢٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٧ - وقد قضى بأنه إذا كان الشفيع جاراً من حد واحد منكسر أو منحني ، فإن هذا لا يغير من وضعه من أنه جار من حد واحد فقط . وإن كانت الملاصقة في نقطتين من نفس الحد (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٢٩) .

(٢) استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٧١ - ٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا نازع المشتري في جوار ملك الشفيع للأرض المشفوع فيها من حدين . فقضت محكمة الموضوع بعدم جدية هذه المذاعة استناداً إلى إقرار المشتري الوارد بعقد البيع سبب الشفعة من أن أرض الشفيع تجاور القدر المبيع من الحدين الشرقي والغربي . وإلى تسليم المشتري بهذا الجوار في صحيفة دعوى التعاقد المرفوعة منه عن الأرض المشفوع فيها . وإلى عقد شراء الشفيع لأطيانته التي تجاور الأرض المشفوع فيها من حدين . فإن هذه الدلائل التي أوردها الحكم كافية لحمل قضائه على هذا الخصوص (نقض مدني ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٤ ص ٥٠٤) . وقضت أيضاً بأنه إذا قضى الحكم بالشفعة بناء على مجاورة أرض الشفيع للأرض المشفوع فيها من حدين (القبلي والشرقي مثلاً) . بمقولة إن تسجيل الشفيع عقد شرائه الأرض الواقعة في الحد الشرقي يرتد أثره إلى تاريخ العقد - فإنه يكون قد أخطأ (نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٥ ص ١١٨ - ويلاحظ في شأن هذا الحكم أمران : (١) ما سبق أن ذكرناه في الجزء الرابع من الوسيط . من أن للتسجيل أثراً رجعياً فيما بين المتعاقدين . لا بالنسبة إلى الغير : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٧ - ص ٥٢٨ . (٢) يبدو من وقائع القضية أن الشفيع قد شفعت بأرضين يجاور كل منهما الأرض المبيعة في حد واحد ، وكان يكفي أن ترفض دعوى الشفعة لهذا السبب ، إذ أن الشفيع يجب أن تشفع بأرض واحدة تجاور الأرض المبيعة في حدين كما سبق القول) .

أو من الشمال والجنوب^(١) . وتكفي الملاصقة ، في كل من الحدين ، في نقطة واحدة ولو بمقدار شبر واحد ، فلا يلزم أن تكون على امتداد كاف كنصف الحد أو ثلثه^(٢) . والملاصقة من جهتين ينظر فيها إلى أرض الشفيح لا إلى الأرض المبيعة ، فإذا لاصقت الأرض المبيعة أرض الشفيح في جهتين منها فقد توافر الشرط ، حتى لو كانت الملاصقة في جهة واحدة فقط من الأرض المبيعة^(٣) .

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ .

(٢) أنظر ما قد مناه آنفاً في الملاصقة في أراضي البناء فقرة ١٨٥ - وانظر نقض مدني أول أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٠ ص ٧٤٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٦ ص ٤٣٠ - وانظر عكس ذلك وأن الملاصقة يجب أن تكون على امتداد كاف كنصف الحد أو ثلثه استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٧١ - ١٤ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٢٨ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن المادة الأولى من قانون الشفعة (المادة ٩٣٦ من التقنين المدني الجديد) بنصها على جواز الشفعة « إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين وتساوى من الثمن نصف الأرض المشفوعة على الأقل » قد دلت على أن الشارع إنما أراد أن يجعل العبارة في تقرير حق الأخذ بالشفعة بمجاورة أرض الشفيح من جهتين من جهاتها للأرض المبيعة ، إذ هي قد أسندت الملاصقة إلى أرض الشفيح ، واشترطت أن يكون ثمن هذه الأرض مساوياً لنصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل . وهذا وذاك يقطعان في أن الشارع قد ركز اهتمامه في تحديد أوصاف أرض الشفيح دون الأرض المبيعة ، مما يقتضي القول بأن كون الملاصقة من جهتين هو أيضاً وصف وارد على أرض الشفيح لا على الأرض المبيعة . ويؤيد هذا النظر أن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر عن الجار ، ومقتضى هذا أن هذا الجار المقصود درء الضرر عنه هو الذي تكون جيرته محل الاعتبار (نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥ - وقد جاء في أسباب هذا الحكم : « ومن حيث إن المطعون ضده الأول (الشفيح) والطاعنين (المشفوع ضدهم) قد اختلفوا في تحديد جوار الملكين ، الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها . فالأول يقول إن أرضه تحد الأرض المشفوع فيها من جهتين هما الحد الغربي والحد القبلي ، والآخرون يقولون إن أرضهم هي التي تحد الأرض المشفوع بها من جهتين الشرقية والقبلية ، أما أرض المشفوع بها فإنها تقع في الزاوية البحرية الشرقية للأرض الشائع فيها المقدار المشفوع فيه ، أي أن أحدهما من هذه الناحية منكسر ، وهي بهذا الوضع لا تحد الأرض المشفوع فيها إلا من جهة واحدة هي إما الجهة البحرية أو الجهة الشرقية . . ومن حيث إنه يبين من أوراق الدعوى المقدمة من الطاعنين أنفسهم أن أرض الشفيح تجاور الأرض المشفوع فيها من جهتين هما كل الحد الغربي لأرض الشفيح وكل حدها القبلي ، فتكون الشفعة في هذه الحالة جائزة ») - وأنظر أيضاً في هذا المعنى نقض مدني ٢٢ -

ويجب أن يلاصق الشفيع ، في حدين من حدود أرضه الواحدة ، الأرض المبيعة . فلو لاصقها في حد واحد من حدود أرض مملوكة له ، وفي حد واحد آخر من حدود أرض أخرى مملوكة له ، لما جازت الشفعة . إذ يجب لجوازاها أن يلاصق الشفيع بأرض واحدة - لا بأكثر - الأرض المبيعة ، ويلاصقها في حدين من حدود الأرض الواحدة التي يشفع بها ^(١) على الوجه الذي سبق بيانه .

(الشرط الثاني) كون أرض الشفيع لا تقل في القيمة عن نصف ثمن الأرض المبيعة : وقد كان هذا الشرط غير مطلوب في التقنين المدني السابق ، فكان بعض الناس يضاربون عن طريق المطالبة بالشفعة ، فيشترون قطعاً صغيرة من الأرض في وسط أراض واسعة . ويتربصون ، حتى إذا بيعت أرض مجاورة لأرضهم الصغيرة أخذوا يهددون أصحاب الشأن بأن يطلبوا الأرض المبيعة بالشفعة ، ثم يساومون ويتزلون عن حق الشفعة في نظير مبلغ من المال ^(٢) . فاشترط قانون الشفعة السابق أن تكون أرض الشفيع لا تقل في القيمة عن نصف ثمن الأرض المبيعة ، للحد من هذه المساومات والمضاربات . وانتقل هذا الشرط إلى التقنين المدني الجديد ^(٣) .

= أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٠٦ رقم ٦ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ - ص ٢٢١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٦ ص ٤٢٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٧ - ص ٤١٨ .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الشفيع يجاور الأرض المبيعة من جهة بأرض مملوكة له ، ويجاورها من جهة أخرى بأرض غير الأرض الأولى بصفته شريكاً في الشيوع فيها ، فلا شفعة ، لأن الشفعة ، لا يمكن أن تكون بين ثلاثة عقارات يشفع الشفيع بعقارين منها (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٢٤) . وانظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٢٩ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٤٦ ص ٤٢٩ - ص ٤٣٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٩ - حسن كيرة ص ٧ - ص ٨ .

(٢) وقد أشير إلى هذه المساومات في لجنة الأستاذ كامل صدق (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦١ في الهامش) .

(٣) محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٤٧ ص ٤٣٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٨ .

والعبرة بقيمة أرض الشفيع وقت إبرام عقد البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة ، لأن هذا هو الوقت الذى يجب أن تتوافر فيه شروط الأخذ بالشفعة بما فيها قيمة أرض الشفيع (١) . أما بالنسبة إلى الأرض المبيعة ، فالعبرة بالثمن الحقيقى الذى بيعت به ولو زاد على قيمة الأرض الحقيقية ، لأن هذا هو صريح النص ، ولأن هذا هو الثمن الذى يجب على الشفيع تقديمه للأخذ بالشفعة (٢) . أما مساحة كل من الأرضين فلا يعتد بها ، فقد تكون مساحة أرض الشفيع ضعف مساحة الأرض المبيعة ومع ذلك تقل قيمتها عن نصف الثمن الذى اشترت به الأرض المبيعة ، فلا يجوز فى هذه الحالة الأخذ بالشفعة (٣) .

وإذا كانت أرض الشفيع حصة شائعة فى أرض مجاورة للأرض المبيعة ، فالعبرة بقيمة كل الأرض الشائعة إذا طلب الشركاء الأخذ بالشفعة ، لأن الأرض المشفوع بها تكون فى هذه الحالة هى كل الأرض الشائعة (٤) . أما إذا طلب الشفعة أحد الشركاء فى الشيوع دون الباقي ، فالعبرة بقيمة حصته الشائعة وحدها لا بقيمة كل الأرض ، لأن هذه الحصة الشائعة تكون فى هذه الحالة هى الأرض المشفوع بها (٥) .

- (١) أنظر فى هذا المعنى عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٨ .
 (٢) محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٧ ص ٤٣٠ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٥٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٢ ص ٣٢٠ - حسن كيرة ص ٧ - وهناك رأى يذهب إلى أن العبرة بالقيمة الحقيقية للأرض المبيعة ، لا بالثمن الذى اشترت به (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٢٨ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٣ - شفيق شحاتة فقرة ٢٤٢ ص ٢٥٧ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠١ ص ٤٣٩) .
 (٣) استئناف مختلط ٢٠ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٣ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٧ ص ٤٣١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٩ .

- (٤) استئناف مختلط ٢٠ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٣ .
 (٥) استئناف مختلط ٤ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٣ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٨ ص ٤٣٢ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠١ ص ٤٣٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٩ - حسن كيرة ص ٧ - وانظر عكس ذلك وأن العبرة بقيمة كل الأرض الشائعة ولولم يطلب الشفعة إلا أحد الشركاء فى الشيوع :- استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٣٩ .

(ب) الشروط الواجب توافرها في الشفع

١٨٨ - يبين هذه الشروط : يجب ، حتى يستطيع الشفع الأخذ

بالشفعة ، أن تتوافر فيه الشروط الآتية :

(١) أن يكون مالكا للعقار المشفوع به من وقت بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة (١) .

(٢) أن يكون متوافرا على الأهلية الواجبة .

(٣) أن يكون غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه .

(٤) ألا يكون وقفا .

١٨٩ - الشرط الأول - الشفع مالك للعقار المشفوع به من وقت

بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة : يجب أولا أن يكون

الشفع مالكا للعقار المشفوع به (٢) . فإن كان يشفع برقبة أو بحق انتفاع أو بحكر (٣) ، وجب أن يكون مالكا للرقبة أو لحق الانتفاع أو لرقبة العين المحتكرة أو لحق الحكر . وإن كان يشفع بحصة شائعة في عقار مملوك على

(١) وتنص الفقرتان الأولى والثانية من المادة ١١٣٣ ، على ما يأتي :

« ١ - لا تثبت الشفعة إلا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لما وقت البيع .

٢ - ويشترط في المال المشفوع أن يكون عقاراً مملوكاً ، وأن يكون يبيع قد تم قانوناً .

ويشترط في العقار المشفوع به أن يكون ملكاً للشفع وقت بيع العقار المشفوع ، وأن يبقى مملوكاً له إلى وقت الحكم بالشفعة أو التراضي عليها » - وتنص المادة ٢٤٢ من قانون الملكية

العقارية اللبناني (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على ما يأتي : « يعود حق الشفعة للأشخاص المذكورين في المادة ٢٣٩ الذين يكون تاريخ سند تملكهم سابقاً لتاريخ سند المشتري » .

(٢) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ١٦٤ ص ٥٤٩ .

(٣) ويلاحظ أن من يشفع برقبة في حق انتفاع أو في حق حكر ، ومن يشفع بحق

انتفاع أو بحق حكر في رقبة ، يجب أن يكون مالكا للرقبة أو حق الانتفاع أو حق الحكر .

وكذلك الشريك في الشيوع يجب أن يكون مالكا لحصة شائعة في الملك التام أو في الرقبة أو في حق الانتفاع أو في حق الحكر . أما الجار ، فيجب أن يكون مالكا للعقار المشفوع به ملكية

تامة ، أو على الأقل يملك رقبته ، إذ النص يقول « للجار المالك » . فلا تثبت الشفعة لصاحب حق انتفاع أو لصاحب حق حكر في العقار المجاور ، ولكن تثبت الشفعة للجار المالك ملكية تامة

أو للجار الذي له ملك الرقبة كما قدمنا (أنظر في هذا المعنى عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٢٨٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٧ - حسن كيرة ص ٧) - ولكن يجوز للجار

المالك أن يشفع في حق الانتفاع أو في حق الحكر المجاور له (أنظر مايلي فقرة ١٩٥) .

الشيوع ، وجب أن يكون مالكا لهذه الحصة الشائعة أى أن يكون أحد الشركاء في الشيوع . وإن كان يشفع بعقار مجاور في إحدى حالاته الثلاث المتقدم ذكرها ، وجب أن يكون مالكا لهذا العقار المجاور .

وملكية الشفيع للعقار المشفوع به يجب أن تكون سابقة على البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة . وأهم ما يعرض فى العمل فى هذا الصدد أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به بموجب عقد بيع . فيجب أن يكون هذا البيع موجودا وسابقا على البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة ، فمجرد المفاوضات بين الشفيع والبائع له لا تكفى إذا لم يتم البيع (١) . وتتمام البيع نفسه لا يكفى ، بل يجب أيضا أن يكون هذا البيع مسجلا ، حتى تنتقل إلى الشفيع بالترسجيل ملكية العقار المشفوع به (٢) .

(١) نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥ - ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٩ ص ٥٦٨ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض .
١ رقم ٢٢ ص ٧٩ - استئناف وطني ١٧ مايو سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٢٠٣ - استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ١٥٣ ص ٦٦٦ - الزقازيق الكلية ٣ فبراير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٩١ ص ١٤٠ .

(٢) أما قبل قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، فكانت الملكية تنتقل بالبيع غير المسجل فيما بين المتعاقدين ؛ ولما كان المشفوع ضده لا يعتبر من الغير في عقد البيع الذي تملك به الشفيع العقار المشفوع به ، فإن الشفيع كان يعتبر مالكا بالنسبة إلى المشفوع ضده حتى قبل أن يسجل عقد شرائه للعقار المشفوع به ، فكان يجوز له الأخذ بالشفعة ولولم يسجل (استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٣٥ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٦١ - الزقازيق الكلية ٣ فبراير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٩١ ص ١٤٠ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٦٤ ص ٢٥١ - ص ٢٥٧) .

ولكن بعد صدور قانون التسجيل ثم قانون الشهر العقاري ، وفيهما لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل حتى فيما بين المتعاقدين ، اجمع القضاء والفقه على أن الشفيع لا يجوز له الأخذ بالشفعة إذا لم يكن عقده مسجلا (نقض مدني ٢٢ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٤ ص ٥٩٤ - ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٨ ص ١٤٥ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٢ ص ١٧٧ - ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٤ ص ٦٢٨ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٣٢ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٠ ص ٩٨٦ - أسيوط الكلية ١٩ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٧١ ص ١١٣ - ملوى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٤٤ ص ٩٩ - استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٢٠ - ١٨ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٥٩ - ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٨١ - ١٢ يونيه سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٩ - ٢٦ يونيه -

وأن يكون هذا التسجيل سابقا على البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة (١) .
وقد اطر د قضاء محكمة النقض على أنه إذا لم يكن عقد شراء الشفيع للعقار المشفوع
به مسجلا وقت البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة ، فإن الشفعة لا تجوز حتى لو
كان شراء الشفيع سابقا على البيع المشفوع فيه وسجل الشفيع عقد شرائه قبل
تسجيل هذا البيع (٢) . ولا تأخذ محكمة النقض بالأثر الرجعى للتسجيل فيما بين
المتعاقدين (٣) ، ولو أخذت به ، كما تأخذ ، لتبين أن الشفيع بعد أن سجل
عقد شرائه أصبح مالكا للعقار المشفوع به — بالنسبة إلى من لا يعتبر غيرا
فى هذا العقد ويدخل فيهم المشتري للعقار المشفوع فيه — من وقت شراء العقار
المشفوع به لا من وقت تسجيل هذا الشراء . فيكون الشفيع ، بفضل هذا
الأثر الرجعى ، مالكا للعقار المشفوع به وقت صدور البيع المشفوع فيه ،
حتى لو سجل المشتري المشفوع ضده هذا البيع قبل أن يسجل الشفيع عقد

= سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٩٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٤ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٧٥
- إسماعيل غانم ص ٧٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٥ - حسن كيرة ص ١٠ . وانظر
عكس ذلك وأنه يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة قبل أن يسجل عقده : عبد السلام ذهني فى الأموال
فقرة ٤٦٣ ص ٦٥٧ و فقرة ٤٨٩ ص ٦٧٩ - ص ٦٨٠ .

(١) نقض مدنى ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٤ ص ٦٢٨ - ١٨ فبراير
سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة
أحكام النقض ٧ رقم ١٤٠ ص ٩٨٦ - وعلى الشفيع إثبات ملكيته للعقار المشفوع به وقت
صدور البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٥ -
٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٥) .

(٢) فلو كان الشفيع للعقار المشفوع به غير مسجل ، ورفع الشفيع على البائع له
دعوى بصحة التعاقد وسجل صحيفة الدعوى ، وصدر الحكم بصحة التعاقد ، ثم صدر البيع الذى
يؤخذ فيه بالشفعة قبل تسجيل الحكم بصحة التعاقد ، لم يحز للشفيع الأخذ بالشفعة ، لأن الحكم
بصحة التعاقد لم يسجل قبل صدور البيع المشفوع فيه (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة
عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤ -
محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٧٦ - إسماعيل غانم ص ٧٦ - عبد المنعم فرج الصدة ٢٩٥ ص ٤٣٤ -
ص ٤٣٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٢) .

(٣) نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥ - ٤ أبريل
سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٥ ص ١٤٥ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم
١١٢ ص ٢٥٥ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٣٢ - ١٨ فبراير
سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ .

شرائه . فيجوز إذن ، في رأينا ، للشفيع أن يأخذ بالشفعة متى سبق عقد شرائه للعقار المشفوع به البيع المشفوع فيه ، على شرط أن يسجل عقد شرائه (١) ، أما قبل هذا التسجيل فلا يجوز له الأخذ بالشفعة .

ولا يكفي أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت صدور البيع المشفوع فيه ، بل يجب أيضا أن يبقى مالكا لهذا العقار حتى وقت ثبوت حقه في الشفعة (٢) . فلو أنه ، ما بين وقت صدور البيع المشفوع فيه ووقت ثبوت

(١) وهذا ما سبق لنا القول به عند الكلام في عقد البيع ، فقد قررنا في هذا الصدد ما يأتي : « نفرض مشتريا لعقار لم يسجل عقده ، وبيع عقار مجاور لعقاره توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده . فلو أخذنا بالأثر الرجعي ، لاعتبر المشتري مالكا للعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه ، ولأمكنه الأخذ بالشفعة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي - وهذا ما فعلته محكمة النقض - فإن المشتري لا يعتبر مالكا للعقار المشفوع به إلا بعد بيع العقار المشفوع فيه ، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة . وذوثر الأخذ بالأثر الرجعي ، وإعطاء المشتري الحق في الأخذ بالشفعة . ولو قلنا بالرأي الذي ذهبت إليه محكمة النقض ، لترتب على ذلك أن الشفيع يكون في هذه الحالة هو المالك السابق الذي باع للمشتري العقار المشفوع به ، فقد كان مالكا لهذا العقار وقت بيع العقار المشفوع فيه . ولا شك في أنه بين المالكين المتعاقبين - البائع للعقار المشفوع به والمشتري إياه - المشتري هو الباقي مجاورا للعقار وهو الأول بالأخذ بالشفعة ، إلا إذا قيل إن الشفعة في هذه الحالة لا تكون لأحد منهما فيتعطل بذلك حق قرره القانون وتبيأت الأسباب لكسبه » (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٧ - ص ٥٢٨) . وقد ناقشنا طويلا ، عند الكلام في البيع ، الرأي القائل بأن التسجيل أثر رجعي فيما بين المتعاقدين دون الغير ، وانتصرنا لهذا الرأي ، واستندنا في ذلك إلى جملة من الحجج تدعمه ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠ - فقرة ٢٨٦) . وقارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٥ ص ٤٣٣ هامش ٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢١ هامش ٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى أحدث المشتري لأرض بعقد غير مسجل بناء على الأرض ، أصبح هذا البناء ملكا له ملكية مصدرها واقعة البناء بماله من حق البناء على سبيل البقاء والقرار ومن ثم يقوم به سبب انشفعة بوصفه جارا مالكا للبناء (نقض مدني ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض رقم ٤٨ ص ١٦٦) . ويؤخذ على هذا الحكم أنه لو صح ما ذهب إليه محكمة النقض من أن المشتري يشفع بالبناء - لا بالأرض - لوجب أن يكون البناء نفسه هو الملاصق للعقار المشفوع فيه ، ولا يكفي أن تكون الأرض هي الملاصقة .

(٢) وثبوت حق الشفيع في الشفعة ، بحسب قضاء محكمة النقض ، إنما يكون بصدور الحكم بثبوت الحق في الشفعة ، أو من وقت التراضي على الأخذ بالشفعة أي من وقت تسليم المشفوع ضده للشفيع بالشفعة . وفي رأينا أن الشفيع يثبت حقه في الشفعة ، إذا توافرت =

حقه في الشفعة ، باع العقار المشفوع به أو وهبه فلم يعد مالكا له (١) ، أو وقفه فأصبح لا يستطيع أن يشفع بالعقار الموقوف (٢) كما سيجيء ، أو انفسخ سند ملكيته للعقار المشفوع به بتحقيق شرط فاسخ مثلا ، أو انقطع التلاصق ما بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه فلم يعد الشفيع جارا يجوز له الأخذ بالشفعة (٣) ، أو انقسم العقار المشفوع به وكان حصة شائعة فأصبح عقارا مفرزا لا يلاصق العقار المشفوع فيه ، فإن ملكية الشفيع للعقار المشفوع به على الوجه الذي يصح معه الأخذ بالشفعة تكون قد انقطعت قبل أن يثبت حقه في الشفعة ، فلا يستطيع المضي بعد ذلك في إجراءات الأخذ بالشفعة إذ يكون حقه فيها قد سقط (٤) .

ويجب أن تكون ملكية الشفيع ، من وقت البيع المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة على النحو الذي تدمناه ، ملكية قائمة . فلو لم تكن قائمة ، فلا شفعة . ويترتب على ذلك أن الشفيع ، إذا كان يملك العقار المشفوع به بالتقادم ولم تكن مدة التقادم قد اكتملت وقت صدور البيع المشفوع فيه ، لا يحق له الأخذ بالشفعة ، حتى لو اكتملت هذه المدة قبل الأخذ بالشفعة (٥) . كذلك .

=شروطها ، من وقت إعلان رغبته في الأخذ بها . فهذا الإعلان تكون عناصر الأخذ بالشفعة قد تكاملت ، وحل الشفيع محل المشتري في البيع المشفوع فيه . وليس الحكم بثبوت الحق في الشفعة ، أو التراضى على ثبوت هذا الحق ، إلا تقريراً لما تم قبل ذلك وقت إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . وسيأتى بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في الحكم بالشفعة .

(١) فلا يستطيع الأخذ بالشفعة لأن ملكيته للعقار المشفوع به لم تستمر ، وكذلك من انتقلت إليه الملكية من مشتري أو موهوب له لا يستطيع الأخذ بالشفعة لأنه لم يكن مالكا وقت صدور البيع المشفوع فيه (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٠ ص ٤٧٤ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٤ - إسماعيل غانم ص ٧٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٦) .

(٢) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ .

(٣) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٨ - ص ٤٣٩ .

(٤) نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ - إسماعيل غانم

ص ٧٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ - حسن كيرة ص ٨ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأن من شرائط الأخذ بالشفعة أن يكون الشفيع مالكا

لما يشفع به ، ولا يكتفى أن يكون حائزاً أو واضع اليد بنية التملك دون أن يتم له التملك (نقض

مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢٢ ص ١٦٢) . وانظر محمد كامل =

لا شفعة إذا كان سند الشفيع في ملكية العقار المشفوع به عقدا صوريا أو عقدا باطلا ، فإن كلا من العقدين لا وجود له حتى لو سجل ، ولا يكون من شأنه أن يجعل الشفيع مالكا للعقار المشفوع به (١) . ولا شفعة أيضا إذا كان سند الشفيع في ملكية العقار المشفوع به يباع معلقا على شرط واقف ولو سجل ، فإن ملكية الشفيع للعقار المشفوع به تكون موقوفة . ولا يتغير الحكم حتى لو تحقق الشرط الواقف قبل الأخذ بالشفعة ، فإن ملكية الشفيع كانت موقوفة غير قائمة وقت صدور البيع المشفوع فيه . ولا يعتد هنا بالآثر الرجعي للشرط الواقف ، فإن هذا الآثر الرجعي مجرد افتراض لإرادة المتعاقدين ولا عمل له في نطاق الشفعة (٢) . وقد قدمنا أنه لا تجوز الشفعة إذا كان سند ملكية الشفيع للعقار المشفوع به غير مسجل وقت صدور البيع المشفوع فيه ، فإن السند غير المسجل لا يجعل الشفيع مالكا للعقار المشفوع به .

ولكن يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان سند ملكية الشفيع للعقار المشفوع به يباع معلقا على شرط فاسخ . فإن هذا البيع إذا سجل تنتقل به ملكية العقار المشفوع به إلى الشفيع معلقة على شرط فاسخ ، والملكية المعلقة على شرط فاسخ بخلاف الملكية المعلقة على شرط واقف ملكية قائمة تجوز الشفعة بها . وكان المشتري للعقار وفاء ، وقت أن كان بيع الوفاء جائزا ، إذا سجل البيع ، يجوز له الأخذ بالشفعة لأنه يكون مالكا تحت شرط فاسخ (٣) ، ولا تجوز الشفعة للبائع

=مرسى ٣ فقرة ٢٦٢ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٧٨ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٣ - إسماعيل غانم ص ٧٦ - ص ٧٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٥ ص ٤٣٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢١ - وانظر عكس ذلك عبد السلام ذهني في الأموال فقرة ٤٨٠ ص ٦٧٢ .

(١) عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٧ - إسماعيل غانم ص ٧٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ - حسن كيرة ص ١١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٣ (فيما يتعلق بالعقد الباطل) .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٠ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٧٣ ص ٤٦٦ - إسماعيل غانم ص ٧٧ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٧ - ص ٤٣٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ - حسن كيرة ص ١١ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان سند ملكية الشفيع هو عقد بيع وقائي رفعت دعوى يبطلانه لما يفصل فيها ، فلا يكون الحكم له بالشفعة مخالفا للقانون ، لأنه بمجرد بيع الوفاء يصير المبيع ملكا للمشتري ينتفع بسائر حقوق المالك ، ومن ثم ثبت له حق الشفعة من تاريخ تسجيل =

وفاء لأنه يصبح مالكا تحت شرط واقف . وإذا أخذ المالك تحت شرط فاسخ بالشفعة وثبت له حقه في ذلك ، ثم تحقق الشرط الفاسخ ولم يعد الشفيع مالكا للعقار المشفوع به بأثر رجعي ، فإن ذلك لا أثر له في ثبوت حق الشفعة له ، وقد قدمنا أن الأثر الرجعي للشرط لا يعتد به في نطاق الشفعة . لكن إذا تحقق الشرط الفاسخ قبل ثبوت حق الشفيع في الشفعة ، فإن ملكية الشفيع للعقار المشفوع به تنفسخ ، ولا يعود الشفيع مالكا لهذا العقار ، وبذلك لا تستمر ملكية الشفيع للعقار المشفوع به إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة ، ومن ثم يسقط حق الشفيع في الأخذ بها (١) .

وكذلك يجوز الأخذ بالشفعة إذا كانت ملكية الشفيع للعقار المشفوع به ملكية شائعة ، وكان الجوار هو سبب الأخذ بالشفعة (٢) . فلو كان العقار المشفوع به الملاصق للعقار المشفوع فيه مملوكا على الشيوع لعدة شركاء ، فإن الشركاء جميعا يستطيعون الأخذ بالشفعة . ويجوز لأي شريك منهم أيضا أن يأخذ وحده بالشفعة مستندا في ذلك إلى حصته الشائعة ، فإن الحصة الشائعة عقار مملوك لصاحب هذه الحصة ، وتجوز الشفعة به (٣) . وقد قدمنا أنه إذا

=عقده ما دام لم يقض ببطلانه (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤) . وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٧٧ ص ٤٧٢ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ - حسن كيرة ص ١١ .

(١) أنظر آنفا نفس الفقرة - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٨٠ ص ٤٧٥ - إسماعيل غانم ص ٧٦ - ص ٧٧ - وانظر في الآراء المختلفة في حق الشفيع المالك تحت شرط فاسخ أو تحت شرط واقف في الأخذ بالشفعة في عهد قانون الشفعة السابق ومناقشة هذا الآراء : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٨ - فقرة ٢٦١ .

(٢) أما إذا كان الشفيع يشفع بحصة شائعة في حصة شائعة أخرى باعها شريك آخر ، فلا شك في جواز الأخذ بالشفعة ، على أن الشفيع في هذه الحالة لا تجوز له الشفعة إلا بحصة شائعة .

(٣) ويثبت حق الشفعة في كل العقار المشفوع فيه لكل واحد من الشركاء المشتاعين إذا انفرد ، ولهم جميعاً إذا اجتمعوا ، فليس اجتماعهم ضرورياً لصحة الطلب ، وانفراد أحدهم به جائز (استئناف مصر ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٤٤ ص ٧١ - ١٢ مارس سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤٠ رقم ١٠٩ - كفر الزيات ٣ يونيو سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١١٩ ص ٢٥١ - استئناف مختلط ٤ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤١ - ١٦ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٣٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٧ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٨٠ ص ٤٧٤) .

كان الشفيع بالحصصة الشائعة جارا للعقار المشفوع فيه وكان الواجب أن تكون قيمة العقار المشفوع به لا تقل عن نصف ثمن العقار المشفوع فيه ، فالعبرة في هذه الحالة بقيمة الحصصة الشائعة وحدها لا بقيمة العقار الشائع كله (١) . وإذا أخذ مالك الحصصة الشائعة بالشفعة ، وثبت له الحق فيها ، فإن اقتسامه بعد ذلك للعقار الشائع مع شركائه لا أثر له في حقه الذي ثبت له في الأخذ بالشفعة ، حتى لو كانت هذه الحصصة الشائعة بعد إفرازها بالقسمة أصبحت غير ملاصقة للعقار المشفوع فيه ، ولا يعتد بالأثر الرجعي للقسمة في نطاق الشفعة . لكن إذا أفرزت الحصصة الشائعة بالقسمة قبل ثبوت حق الشفيع في الشفعة ، وأصبحت بعد الإفراز غير ملاصقة للعقار المشفوع فيه (٢) ، فإن الحق في الشفعة يسقط ، لأن الملاصقة للعقار المشفوع فيه لم تستمر إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة (٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٨٧ في آخرها .

(٢) ويجب على المشتري أن يقيم الدليل على حصول القسمة ، ولحكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية أن تزن الأدلة التي يستند إليها المشتري لإثبات ذلك . فإذا قدرت أن هذه الأدلة لا يمكن التمويل عليها فأهدرتها ، وانتهى اقتناعها إلى بقاء حالة الشيوع بين الشركاء ، فإن هذا من حقها ، ويكون النعي على حكمها قائماً على غير أساس (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٤٣ ص ٩٠٥) .

أما إذا ثبتت القسمة ، فإنه يكون لها هذا الأثر ولولم تكن قد سجلت ، لأن تسجيل القسمة إنما شرع لحماية الغير الذي يحتج عليه بالقسمة ، ولكن الغير له أن يتمسك بالقسمة بالرغم من عدم تسجيلها ، ولا يجوز للمتقاسمين أن يتمسكوا بعدم تسجيل القسمة (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٨ ص ٤٠٩ - ١٧ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١١ ص ٨٥١ - ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٣) . وانظر إسماعيل غانم ص ٧٢ - ص ٧٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٧ ص ٤٢٣ - ص ٤٢٤ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز للجار الذي يملك على الشيوع أن يطلب الشفعة ولولم يشترك معه باقي شركائه في الملك ، وذلك لأنه إنما يملك نصيبه في كل ذرة من العقار المشترك . ولا يؤثر في ذلك احتمال أن تسفر القسمة فيما بعد عن حرمانه من الجزء المجاور للعقار المشفوع ، لأن القانون إنما يشترط أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به وقت بيع العقار المشفوع وأن يبقى مالكا له حين الأخذ بالشفعة . وبقاء الجوار ليس بشرط البقاء الاستحقاق . فإذا حصلت القسمة قبل القضاء للشفيع بالشفعة ولم يختص بالجزء المجاور للعقار المشفوع ، سقط حقه فيها . أما إذا قضى له بها قبل حصول القسمة ، فلا يتم زوال ملكه الذي يشفع به بعد ذلك عن طريق القسمة أو أي طريق آخر (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم =

ويجوز الأخذ بالشفعة أخيراً إذا كان سند ملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه قابلاً للإبطال ، كما لو كان يباع صادراً من ناقص الأهلية أو مشوباً بعيب في الرضاء . فإن البيع القابل للإبطال ، إذا سجل ، ينقل الملكية إلى الشفيع ، فتكون ملكية الشفيع للعقار المشفوع به ملكية قائمة وإن كانت معرضة للإبطال ، فتجوز الشفعة بها (١) . وإذا ثبت حق الشفيع في الشفعة في هذه الحالة ، ثم أبطل عقد البيع سند ملكية الشفيع ، فإن الملكية تزول بأثر رجعي ، ولكن لا يكون لزوالها على هذا النحو أثر في الحق الذي يثبت للشفيع في الأخذ بالشفعة (٢) . أما إذا أبطل البيع قبل ثبوت حق الشفيع في الشفعة ، وزالت ملكية الشفيع ، فإن حقه في الشفعة يسقط ، لأن ملكيته للعقار المشفوع به لم تستمر إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة .

= ١٧٣ ص ٤٨٦) . وانظر استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٧ - استئناف مصر ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٤٤ ص ٧١ - كفر الزيات ٣ يونيو سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١١٩ ص ٢٥١ - استئناف مختلط ٤ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤١ - ١٦ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٣٩ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠٧ - إسماعيل غانم ص ٧٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٧ ص ٤٢٣ و فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٧ .

وانظر عكس ذلك بنى سوييف الجزئية ٣١ يناير سنة ١٩٢١ المحاماة ٣ رقم ٢٠ ص ٥٢ - استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٤ (يجب اشتراك جميع الشركاء للأخذ بالشفعة) - ٢٤ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٢٩ - ٢ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٢٠ - ١٨ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٥٩ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٩ - ٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٦ (حتى لو أصبح الشريك مالكا لكل العقار الشائع في أثناء دعوى الشفعة) - ١١ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٧ .

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٧٧ ص ٤٧١ - إسماعيل غانم ص ٧٧ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص ٤٣٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص ٣٢٣ - حسن كيرة ص ١١ - ولا يجوز للمشتري طلب إبطال العقد لأن حق الإبطال لم يتقرر لمصلحته (نقض مدني ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٨ ص ٤٠٩) .

(٢) إسماعيل غانم ص ٧٧ .

١٩٠ - الشرط الثاني - الشفيع قد توافرت فيه الأهلية الواجبة :

ويجب أن تتوافر في الشفيع الأهلية الواجبة للأخذ بالشفعة . ولما كان الأخذ بالشفعة من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة ، إذ هو في حكم شراء العقار المشفوع فيه ، والشفيع إنما يحل بإرادته أى بتصرفه القانوني محل المشتري ، فإن الأهلية الواجب توافرها في الشفيع للأخذ بالشفعة هي أهلية التصرف ، ولا تكفى أهلية الإدارة .

وعلى ذلك إذا كان الشفيع كامل الأهلية ، أى بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، توافرت فيه الأهلية الواجبة للأخذ بالشفعة ، وجاز له أن يستقل بإعلان رغبته في الأخذ بها . وإذا كان له وكيل وكالة عامة ، لم يجوز للوكيل الأخذ بالشفعة لأن وكالته مقصورة على أعمال الإدارة ، ولا بد من وكالة خاصة للأخذ بالشفعة لأن الأخذ بها من أعمال التصرف كما قدمنا (م ٧٠٢ مدني) .

أما إذا كان الشفيع قاصراً ، وله أب أو ولي عليه أو يلى الولاية عليه ولى الأب ، فإنه يجوز للولى أن يأخذ بالشفعة نيابة عن القاصر دون استئذان المحكمة . فإذا كان ولى القاصر هو الجد ، لم يجوز له أن يأخذ بالشفعة نيابة عن القاصر إلا بعد استئذان المحكمة ، ذلك بأن المادة ١٥ من قانون الولاية على المال تنص على أنه « لا يجوز للجد ، بغير إذن المحكمة ، التصرف في مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها » . والأخذ بالشفعة تصرف في مال القاصر ، إذ يترتب عليه أن يحل القاصر محل المشتري في التزاماته وأن يودع تمهيداً لذلك خزانة المحكمة كل الثمن الحقيقي الذى حصل به البيع . أما إذا لم يكن للقاصر ولى ، فوصيه هو الذى يأخذ بالشفعة نيابة عنه ، ولكن يجب عليه استئذان المحكمة (١) . وكالوصى القيم على المحجور عليه ، فإذا كان الشفيع محجوراً عليه ، فالقيم هو الذى يأخذ بالشفعة نيابة عنه ويجب عليه استئذان المحكمة (٢) .

(١) استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٣٦ .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٥ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤١٨ ص ٤٥٠ - إسماعيل غانم ص ٧٨ - أما المشفوع ضده ، وهو المشتري ، فإذا كان كامل الأهلية ، جاز له التسليم بالشفعة رضاء أو الخاصة فيها قضاء . وإذا كان قاصراً أو محجوراً عليه ، ناب عنه في التسليم بالشفعة رضاء ولىه أو وصيه أو القيم عليه ، ويجب على الوصى أو القيم استئذان المحكمة . وناب عنه في الخاصة قضاء ولىه أو وصيه أو القيم ، وفقاً لقواعد العامة في الخاصة القضائية .

١٩١- الشرط الثالث - الشفيع غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه :

ولما كان الأخذ بالشفعة بمثابة شراء للعقار المشفوع فيه ، إذ الشفيع يحل محل المشتري فيصبح هو المشتري للعقار ، لذلك لا تجوز الشفعة إذا كان الشفيع ممنوعاً بحكم القانون من شراء هذا العقار . ونذكر أحوالاً ثلاثاً الشفيع فيها ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه ، ومن ثم لا يجوز له أخذه بالشفعة :

(الحالة الأولى) إذا كان العقار المشفوع فيه أرضاً زراعية ، وكان من شأن شرائها أن يزيد ما يملكه الشفيع من الأراضي الزراعية على الحد الأقصى الجائر تملكه بموجب قانون الإصلاح الزراعي (مائة فدان) ، فكما لا يجوز له شراء هذه الأرض ، كذلك لا يجوز له أن يشفع فيها (١) ، فلو أن شخصاً يملك ثمانين فداناً مثلاً ، ويجاور أرضه أرض مقدارها أربعون فداناً باعها صاحبها ، فلا يجوز للأول أن يأخذ الأرض المبيعة بالشفعة . ذلك بأنه لو أخذ الأرض المبيعة كلها بالشفعة ، لأصبح ما يملك من الأراضي الزراعية مائة وعشرين فداناً وهذا غير جائز ، ولو اقتصر على أخذ عشرين فداناً منها لبلغ ما يملك مائة فدان فلا يجاوز الحد الأقصى لتفرقت الصفقة على المشتري وهذا أيضاً غير جائز (٢) .

(الحالة الثانية) نصت المادة ٤٧٩ مدني على أنه « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه أو باسم مستعار ، ولو بطريق المزاد العلني ، ما يبط به بيعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ، ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى » . ويخلص من هذا النص أن من كان نائباً عن غيره في بيع مال هذا الغير لا يجوز له شراء هذا المال لنفسه ، لتعارض مصلحته الشخصية باعتباره مشترياً مع مصلحة من ينوب عنه باعتباره بائعاً . والنيابة في بيع مال الغير

(١) نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٨٨ ص ٧٩٨ -
إسماعيل غانم ص ٧٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٧ ص ٤٣٩ - منصور مصطفى منصور
فقرة ١٣٦ ص ٣٢٤ - حسن كيرة ص ١١ - وانظر آنفاً فقرة ١٧٣ في آخرها في الهامش .
(٢) الوسيط ٤ فقرة ٢٠١ .

قد تأتي من اتفاق وهذه هي الوكالة ، وقد تأتي عن طريق نص في القانون وذلك هو الولي ، وقد تأتي عن طريق أمر من السلطات المختصة كما هي الحال في الوصي والقيم والوكيل عن الغائب والسندياك والحارس القضائي (١) .

فالنائب عن غيره ، على الوجه المتقدم ، في بيع مال هذا الغير ، ممنوع من شراء هذا المال لنفسه . فلا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه ، نائبا في البيع وأصيلا في الشراء . وكما لا يجوز له أن يشتري لنفسه عقارا نيظ به بيعه ، كذلك لا يجوز له ، إذا باع هذا العقار للغير تنفيذا لنيابته ، أن يشفع فيه . فإذا وكل مالك العقار شخصا في بيع عقاره ، وباعه الوكيل لمشتري تنفيذا للوكالة ، لم يجز للوكيل ، إذا توافرت له أسباب أخذ العقار بالشفعة ، أن يشفع فيه . وذلك لسبب عام ، هو ما قدمناه من أن الوكيل بالبيع ، أو أي نائب عن غيره في البيع ، ممنوع من شراء ما نيظ به بيعه ، سواء عن طريق الشراء مباشرة ، أو عن طريق الأخذ بالشفعة وهو في حكم الشراء . ويساند هذا السبب سبب آخر ، هو أنه لو جاز لمن نيظ به بيع العقار أن يشفع فيه ، لما أعياه أن يتواطأ مع المشتري على ثمن بخس وشروط يسيرة ، حتى إذا ما أخذ بالشفعة أفاد من كل ذلك . ثم إن هناك سببا ثالثا يتضافر مع السببين المتقدمين ، في حالة ما إذا كانت النيابة في بيع العقار مصدرها الاتفاق أو الوكالة ، هو أن الوكيل الذي يرضى أن يكون وكيلاً في بيع العقار لأجنبي يكون قد نزل بذلك نزولا ضمينا عن حقه في أخذ هذا العقار بالشفعة ، وقد قدمنا أنه يجوز التزول مقدما عن الأخذ بالشفعة (٢) .

(الحالة الثالثة) نصت المادة ٤٧١ مدني على أنه « لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا ،

(١) والسامرة والخبراء في حكم من ينوب عن الغير في بيع ماله ويسرى عليهم نفس الحكم ، فقد نصت المادة ٤٨٠ مدني على أنه « لا يجوز للسامرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء باسمهم أم باسم مستعار . وانظر في كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٥٣ - فقرة ٥٥ .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٢١ - إسماعيل غانم ص ٧٨ - عبد المنعم فرج الصلدة فقرة ٢٩٧ ص ٤٣٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٦ ص ٣٢٤ - ص ٣٢٥ .

لا بأسائهم ولا باسم مستعار ، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وإلا كان البيع باطلاً . ونصت المادة ٤٧٢ مدني على أنه « لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها ، إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسائهم أم باسم مستعار ، وإلا كان العقد باطلاً » . ويتبين من هذه النصوص أن المحظور عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها هم القضاة وأعضاء النيابة والمحامون وكتبة المحاكم والمحضرون ، على وجه سبق تفصيله عند الكلام في البيع . (١) وجزاء الحظر هو بطلان البيع لمخالفته للنظام العام ، فما يخالف النظام العام أن يستغل عامل القضاء نفوذه في شراء الحقوق المتنازع فيها ، وإذا كان لم يقصد أن يستغل نفوذه فلا في القليل قد ألقى بشرائه الحق المتنازع فيه ظلاً من الشبهة في حيطة القضاء في نزاع يقع في اختصاصه (٢) .

فإذا كان شراء عقار متنازع فيه محظوراً على عمال القضاء الذين سبق ذكرهم ، متى وقع النزاع في اختصاصهم ، فكذلك لا يجوز لهم أن يشفعوا في هذا العقار المتنازع فيه إذا توافرت لهم أسباب أخذه بالشفعة . فإذا باع شخص عقاراً ينازعه شخص آخر في ملكيته ، فالقاضي الذي يدخل في اختصاصه نظر هذا النزاع ، أو المحامي الموكل في هذا النزاع بل حتى لو لم يكن موكلاً فيه متى كان نظر النزاع من اختصاص محكمة مسموح له بالمرافعة أمامها ، لا يجوز له أن يشتري هذا العقار للسبب المتقدم ذكره . وإمعاناً في درء الشبهات عن سمعة القضاء ، لو أن هذا العقار المتنازع فيه باعه صاحبه لأجنبي ، وتوافرت لقاض أو لمحام أو لأي عامل آخر من عمال القضاء ، يكون نظر النزاع داخلاً في اختصاصه أو في اختصاص المحكمة المسموح له بالمرافعة أمامها ، أسباب أخذه بالشفعة ، لم يجز له أخذه . فما يحرم عليه شراؤه ، يحرم عليه كذلك أخذه بالشفعة . ولو أجزنا له الأخذ بالشفعة وحل محل المشتري في شراء العقار المتنازع فيه ، فإن النزاع لا يزال داخلاً في اختصاصه ، ويصعب على من

(١) الوسيط ٤ فقرة ١١١ - فقرة ١١٣ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ١١٢ ص ٢١٨ .

ينازع البائع في ملكية هذا العقار أن يطمئن إلى حيطة عمال القضاء عند نظر هذا النزاع وواحد منهم هو الذي شفع في العقار وحل محل مشتريه ولوتنحي بعد ذلك عن نظر النزاع . ثم ألا يجوز لعامل القضاء ، لو أبيح له الأخذ بالشفعة ، أن يستعمل الأخذ بها سبيلاً للتحايل ليتغلب على منعه من شراء العقار المتنازع فيه مباشرة ؟ فما عليه للوصول إلى ذلك إلا أن يتواطأ مع صاحب العقار المتنازع فيه ، فيبيع هذا الأخير العقار لأجنبي . ثم يأخذه عامل القضاء بالشفعة من هذا الأجنبي (١) .

١٩٢ - الشرط الرابع - الشفع ليس بوقف - نص قانوني :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٣٩ مدني على ما يأتي :

« ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة » (٢) .

(١) أنظر في هذا المعنى على زكي العراقي فقرة ٦٢ ص ٣٧ - ص ٣٨ - عبد السلام ذهني في الأموال فقرة ٥٣٢ ص ٧٤٧ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٢١ ص ٤٥١ - إسماعيل غانم ص ٧٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٧ ص ٤٤٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٦ ص ٣٢٥ - حسن كيرة ص ١١ - محمود فهمي في رسالته في الشفعة ص ١٧٥ - ص ١٧٦ . وانظر عكس ذلك ، وأنه إذا كان لا يجوز لعمال القضاء أن يشتروا العقار المتنازع فيه ، فإنه يجوز لهم أخذه بالشفعة : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٨ ص ٢٦٦ - ص ٢٦٧ - شفيق شحاتة فقرة ٢٥٥ - وما دام أصحاب هذا الرأي العكسي قد أجازوا لعمال القضاء أخذ العقار المتنازع فيه بالشفعة ، فهل يجوزون أن يسترد من ينازع البائع في ملكية العقار هذا العقار من تحت يد الشفع إذا هو رد إليه الثمن الذي دفعه والمصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع تطبيقاً للمادة ٤٦٩ مدني ؟ الظاهر أنهم لا يجوزون ذلك ، لأنهم لا يعتبرون الشفع مضارباً عندما أخذ بالشفعة (أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٨ ص ٢٦٧) . فإذا قلنا بعدم جواز الاسترداد فقد عطلنا حقاً للمسترد أعطاء إياه القانون لحكمة مشروعة ، بل لحاز استعمال الشفعة سبيلاً للتحايل على تعطيل هذا الحق . وإذا قلنا بجواز الاسترداد ، فقد عطلنا حقاً مشروعاً آخر في نظر أصحاب هذا الرأي ، هو حق الشفع في الأخذ بالشفعة .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ١٣٨٧ من المشروع

التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠١٢ / ٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٠٩ / ٢ . وفي لجنة مجلس الشيوخ اقترح أحد الأعضاء النص على جواز الشفعة في الوقف ، ولكن اللجنة لم توافق على ذلك ، وأقرت النص على ما هو عليه تحت رقم ٩٣٩ / ٢ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٣ - ص ٤٠٩) .

ويتبين من هذا النص أنه إذا كان العقار المشفوع به عقاراً موقوفاً ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة . وهذا هو حكم الفقه الإسلامي ، ففيه لا شفعة للوقف لا بشركة ولا بجوار . فإذا بيع عقار مجاور لوقف ، أو كان المبيع بعضه ملك وبعضه وقف وبيع الملك ، فلا شفعة للوقف — من ناظر أو موقوف عليه — لا في انعقار المجاور ولا في الجزء الملك من العقار (١) . والسبب في ذلك أن ناظر الوقف لا يعتبر مالكا للعقار الموقوف حتى يصلح أن يكون شافعياً ، وكذلك الموقوف عليه ليس مالكا للعقار الموقوف فشأنه شأن الناظر في عدم الصلاحية للأخذ بالشفعة . ثم إنه لو جاز أن يأخذ الوقف بالشفعة ، لوجب أن يصبح العقار المشفوع فيه هو أيضاً وقفاً دون أن تصدر حجة بوقفه . وإذا كان العقار المشفوع به ملكاً لا وقفاً وقت بيع العقار المشفوع فيه ، ثم وقف قبل ثبوت الحق في الشفعة ، فإن الشفعة تسقط لأن العقار المشفوع به وإن كان ملكاً وقت البيع المشفوع فيه لم يستمر كذلك إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة (٢) . وإذا تمسك الشافع بأن وقف العقار المشفوع به غير صحيح ، وأنه لذلك يستطيع أن يشفع به إذ بقي ملكاً بعد أن بطل وقفه . وجب أن توقف دعوى الشفعة حتى يفصل من المحكمة المختصة في صحة الوقف (٣) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادة ٤ : لاشفعة للوقف . (وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) — ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٢/٩٤٣ : لا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة ، ما لم يخفَظ الواقف بذلك في حجة الوقف الأصلية . (ويختلف التقنين الليبي في أنه يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة ، إذا احتفظ له الواقف بهذا الحق في حجة الوقف . ويبدو أن ما يأخذه الوقف بالشفعة في هذه الحالة يصبح موقوفاً مثله) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل (والظاهر أن الوقف لا يأخذ بالشفعة طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية) .
قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٤ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : لاشفعة للوقف . . (والنص يوافق نص التقنين المدني المصري) .

- (١) الخانية ص ٥٤٢ — ابن عابدين ص ١٤٧ — مرشد الجيران م ١١٣ — المجلة م ١٠١٧ و ١٠١٩ .
(٢) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ — عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٢٠ — منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٥ — وانظر آنفاً فقرة ١٨٩ .
(٣) استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤٢ ص ١٩٠ — محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٢٦٥ .

وإذا كانت الشفعة لا تجوز بالوقف ، فإنها تجوز في الوقف . ويتحقق ذلك إذا بيع الوقف بمسوغ شرعى ، كما إذا شرط الواقف استبداله فاستبدل ، فإن العقار الموقوف إذ يباع للاستبدال يصبح ملكا فتجوز الشفعة فيه . وأما ثمنه فيشترى به عقار آخر ، هو الذى يصبح وقفا ، ولا تجوز الشفعة فيه (١) . أما إذا كان لا يجوز بيع العقار الموقوف أصلا ، كأن كان مسجدا ، فلا يجوز أخذه بالشفعة لأنه لا يصح بيعه (٢) . وإذا كان العقار المشفوع فيه ملكا . فوقفه المشتري بعد طلب الشفعة . اعتبر هذا تهربا من الشفعة ، فيكون الوقف باطلا ويجوز أخذ العقار بالشفعة (٣) . وفي التقنين المدنى الجديد ، كما في قانون الشفعة السابق : العبرة بتسجيل إعلان الرغبة في الشفعة ، فإذا وقف العقار المشفوع فيه بعد تسجيل هذا الإعلان فإن الوقف لا يسرى في حق الشفيع ، ويستطيع أخذ العقار بالشفعة بالرغم من وقفه (م ٩٤٧ مدنى) (٤) .

§ - ٢ ندر الشفعة ونزاعهم

١٩٣ - نهى قانونى : تنص المادة ٩٣٧ مدنى على ما يأتى :

- ١ - « إذا تراحم الشفعاء ، يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة » .
- ٢ - « وإذا تراحم الشفعاء من طبقة واحدة : فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه » .

(١) محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨١ ص ٤٧٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٨ - وانظر مآدار من مناقشات في هذه المسألة في لجنة الأستاذ كامل صدق في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٧ في الهامش .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٠٦ .

(٣) بنى سويف ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ رقم ١٠٤ ص ٢٢٨ .

(٤) ويجوز التساؤل هل تصح الشفعة بملك الخاص للدولة ، فإذا كد الدولة عقار مملوك ملكا خاصاً ، وتوافرت في هذا العقار شروط العقار المشفوع به ، فهل تستطيع الدولة أن تشفع به في عقار آخر يباع فتأخذ هذا العقار بالشفعة ؟ أجبتنا على هذا السؤال في الجزء الثامن من الوسيط بما يأتى : « أما الشفعة ، فيندر أن تشفع الدولة في عقار إلا إذا قامت ضرورة ملحة لذلك ، وعند ذلك لا نرى مانعاً من أن تأخذ العقار بالشفعة » (الوسيط ٨ فقرة ٧٨ ص ١٥٥) .

٣ - « فاذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيحاً بمقتضى نص المادة السابقة ، فانه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى ، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى » (١) .
ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادة ٧ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٤١ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٣١ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٤٠ - ٢٤١ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدى كانت تتضمن في آخرها العبارة الآتية : « إلا أنه فيما بين الجيران يقدم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره » . ولما كانت لجنة المراجعة قد حذفت الشفعة بسبب الجوار . فقد حذفت تبعاً لذلك هذه العبارة « حيث أصبح لا لزوم لها » ، وأقرت اللجنة النص بهذا الحذف تحت رقم ١٠٠٩ في المشروع النهائي . ووافق على النص كما هو مجلس النواب ، تحت رقم ١٠٠٦ دون أن يتنبه المجلس ، بعد أن أعاد الشفعة بسبب الجوار ، إلى وجوب إعادة العبارة المحذوفة . ثم وافق على النص مجلس الشيوخ ، دون تعديل تحت رقم ٩٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٨٥ - ص ٣٩٤) .

(٢) قانون الشفعة السابق م ٧ : إذا تعدد الشفعاء يكون الحق في الشفعة : (أولاً) للمالك الرقبة . (ثانياً) للشريك الذي له حصة مشاعة . (ثالثاً) لصاحب حق الانتفاع . (رابعاً) للجار المالك - فإذا تعدد مالكو الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون بقدر نصيبه - وإذا تعدد الجيران ، يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره .

(وقانون الشفعة السابق يتفق مع التقنين المدني الجديد فيما عدا أموراً ثلاثة : (١) لم يدرج قانون الشفعة السابق صاحب الرقبة في الحكر وصاحب حق الحكر بين الشفعاء ، ولذلك لم يورد ترتيباً لهما . (٢) لم ينص ، كما نص التقنين المدني الجديد ، على حكم تراحم المشتري الشفيح مع غيره من الشفعاء . (٣) وضع قاعدة للمفاضلة بين الجيران الشفعاء إذا تعددوا ، وأغفل التقنين المدني الجديد وضع هذه القاعدة سهواً) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني . الليبي م ٩٤١ : ١ - إذا تراحم الشفعاء ، يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة . ٢ - وإذا تراحم الشفعاء من طبقة واحدة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه . ٣ - فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيحاً بمقتضى نص المادة =

ويفترض النص المتقدم الذكر أن هناك أكثر من شفيح واحد توافرت فيهم شروط الأخذ بالشفعة . فإذا لم يتقدم منهم لطلب الشفعة إلا شفيح واحد ، ولم يزاحمه في طلبها أحد من الشفعاء الآخرين : جاز له أن يأخذ بالشفعة كل العقار المشفوع فيه أو بعضه طبقاً لما يقرره مبدأ عدم قابلية الشفعة للتجزئة وعدم

=السابقة ، فإنه لا يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته . (ويتفق التقنين الليبي مع التقنين المصري إلا في أمر واحد : إذا كان المشتري هو نفسه أحد الشفعاء ، فإنه لا يفضل على من يزاحمه من الشفعاء الذين هم من طبقته في التقنين الليبي ، ويفضل في التقنين المصري . والتقنينان سواء في تفضيل المشتري الشفيح على شفعاء أدنى من طبقته ، وفي تفضيل الشفيح الأعلى من طبقة المشتري) .

التقنين المدني العراقي م ١١٣١ : ١ - إذا تزاحم الشفعاء ، يكون استعمال حق الشفعة بحسب الترتيب المبين في المادتين السابقتين . ٢ - وإذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة ، فلاستحقاق بالشفعة يكون بينهم على التساوي . إلا أنه فيما بين الخلطاء يقدم الأخص على الأهم ، فن له حق شرب في الحزن المتشعب من النهر الخاص يقدم على من له حق شرب في ذلك النهر ، ويقدم الخليط في حق الشرب على الخليط في حق المرور . (ويختلف التقنين العراقي هنا عن التقنين المصري في أنه إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة كان استحقاق الشفعة بينهم على التساوي في التقنين العراقي ، وبقدر نصيب كل منهم في التقنين المصري . ووضع التقنين العراقي قاعدة خاصة في ترتيب انتفاع إذا كانوا خلطاء) . م ١١٣٢ : إذا كان المشتري للعقار المشفوع قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيحاً ، فإنه مفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى ، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى . (ويتفق التقنين العراقي في هذا الحكم مع التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٤٠ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : إذا تزاحم الشفعاء من فئات مختلفة ، يكون استعمال حق الشفعة بحسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة - وإذا تزاحم الشفعاء من فئة واحدة في الأحوال الأربعة الأولى المبينة في المادة السابقة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه . وإذا تخلى أحدهم أو بعضهم عن حقه استعمل الباقيون هذا الحق بقدر نصيبهم أيضاً . وإذا تزاحم الشفعاء من الفئة الخامسة ، قدم من تعلق على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره . وفي حال اختلاف مالكي طوايق البناء المتعددة ، قدم مالك الطابق الأرضي ، (ويختلف التقنين اللبناني عن التقنين المصري في أن القانون اللبناني ، بخلاف التقنين المصري ، أورد قاعدة للترتيب عند تزاحم الجيران ، وآخر مالك الطابق عن الجار العادي وقدم مالك الطابق الأرضي على مالك الطابق العلوي عند التزاحم) .

م ٢٤١ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : إذا توفرت في المشتري الشروط الواردة في المادة ٢٣٩ ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من فئته أو من فئة أدنى . (ويتفق القانون اللبناني في هذا الحكم مع التقنين المصري) .

جواز تفريق الصفقة على المشتري فيما قدمناه (١) . أما إذا تعدد الشفعاء وزاحم بعضهم بعضاً في طلب الشفعة . فهنا يفتح مجال البحث في الحالات المختلفة لتزاحم الشفعاء على الوجه المبين في المادة ٩٣٧ مدني سالفه الذكر .

١٩٤ - الحالات المختلفة لتزاحم الشفعاء : وقد أوردت المادة ٩٣٧ مدني

المشار إليها حالات ثلاثاً لتزاحم الشفعاء :

(الحالة الأولى) تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة (م ١/٩٣٧ مدني) .

(الحالة الثانية) تزاحم الشفعاء وهم من طبقة واحدة (م ٢/٩٣٧ مدني) . وهنا يعرض بحث عدم جواز تفريق الصفقة على المشتري .

(الحالة الثالثة) تزاحم الشفعاء مع المشتري وهو شفيع مثلهم (م ٣/٩٣٧ مدني) ، وهنا يجب بحث فروض ثلاثة : (١) تزاحم المشتري مع شفعاء أدنى من طبقته . (٢) تزاحم المشتري مع شفعاء من نفس طبقته . (٣) تزاحم المشتري مع شفعاء أعلى من طبقته .

١٩٥ - الحالة الأولى - تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة : تنص

الفقرة الأولى من المادة ٩٣٧ مدني . كما رأينا (٢) : « على أنه » إذا تزاحم الشفعاء : يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة « . فإذا تزاحم الشفعاء . وكانوا من طبقات مختلفة يعلو بعضها بعضاً . استحق الشفعة منهم من كان أعلاهم طبقة دون غيره من الطبقات الأدنى . وذلك بحسب الترتيب المبين في المادة ٩٣٦ وقد سبق ذكرها (٣) . وبالرجوع إلى نص هذه المادة يتبين أن طبقات الشفعاء مرتبة على الوجه الآتي :

(١) في الطبقة الأولى مالك الرقبة : عندما يشفع في حق الانتفاع . فإذا كان هناك عقار قد رتب عليه حق انتفاع لمصلحة شخصين في الشيوع ، وباع

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٦٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٩٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٧٩ .

أحد صاحبي حق الانتفاع حصته ، كان الشفعاء في هذه الحصة هم مالك الرقبة ، ثم صاحب حق الانتفاع الآخر باعتباره شريكا في الشيوع في حق الانتفاع الذي بيع بعضه . ثم الحار الملاصق للعقار الذي رتب عليه حق الانتفاع إذا كان في حالة من الأحوال الثلاث التي يشفع فيها الحار (١) . فاذا تقدم هؤلاء الشفعاء جميعا للأخذ بالشفعة . فضل مالك الرقبة لأنه في الطبقة الأولى من الشفعاء . واستقل وحده في الأخذ بالشفعة . ويليه الشريك في الشيوع في حق الانتفاع ، ثم الحار .

(٢) في الطبقة الثانية الشريك في الشيوع . إذا بيعت حصة شائعة غير التي يملكها لأجنبي . والمراد بالشريك في الشيوع هنا . ليس فحسب الشريك في عقار مملوك ملكا تاما لعدد من الشركاء في الشيوع . بل أيضا الشريك في الشيوع في رقبة العقار أو في حق انتفاع في عقار أو في حق حكر . فاذا كان هناك عقار مملوك لشخصين على الشيوع . وباع أحد الشريكين حصته الشائعة لأجنبي . كان الشفيعان في هذه الحصة هما الشريك الآخر والحار . ولما كان الشريك الآخر في الشيوع وهو في الطبقة الثانية يتقدم على الحار . كان هو الذي يأخذ بالشفعة دون الحار (٢) . وإذا كان هناك عقار يملكه شخصان على الشيوع . وقد رتبا عليه حق انتفاع فأصبحا يملكان الرقبة في الشيوع ، وباع أحدهما حصته الشائعة في الرقبة لأجنبي . كان الشفعاء في هذه الحصة هم الشريك المشتاع الآخر في الرقبة وصاحب حق الانتفاع والحار . ولما كان الشريك المشتاع الآخر في الرقبة هو شريك في الشيوع فهو في الطبقة الثانية ، ويتقدم على كل من صاحب حق الانتفاع والحار . فهو وحده الذي يأخذ بالشفعة دون الاثنين الآخرين .

وقد كان الأمر على العكس من ذلك في المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٣٦ مدنى . فقد كان صاحب حق الانتفاع في هذا المشروع يتقدم على

(١) قارن شفيق شحاتة فقرة ٢٤٧ وفقرة ٢٥٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٢٤ ص ٤٥٤ - إسماعيل غانم ص ٧٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٨ ص ٤٢٤ : حيث يذهبون إلى أن الحار المالك لا يشفع في حق الانتفاع .

(٢) أسبوط الكلية ١٠ يونيه سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ١٤١ ص ٣٧٧ .

الشريك في الشيوخ (١) . ثم انعكس الترتيب في لجنة المراجعة ، فأصبح الشريك في الشيوخ ، في المشروع النهائي وفيما تلاه من المشروعات إلى أن استقرت تقنيننا كما رأينا ، هو الذي يتقدم على صاحب حق الانتفاع . ولو أخذنا بحكم المشروع التمهيدى في المثل المتقدم ، لتأخر الشريك المشتاع الآخر في الرقبة عن صاحب حق الانتفاع ، ولتقدم هذا الأخير على هذا الشريك المشتاع وعلى الحار ، فأخذ وحده دونهما الحصة الشائعة التي بيعت في الرقبة .

(٣) في الطبقة الثالثة صاحب حق الانتفاع . عندما يشفع في الرقبة . فإذا كان هناك عقار مملوك لشخص وقد رتب عليه حق انتفاع فأصبح مالكا للرقبة وحدها . ثم باع الرقبة ، فالشفيعان في الرقبة هما صاحب حق الانتفاع والحار . ولما كان صاحب حق الانتفاع في الطبقة الثالثة ويتقدم على الحار ، فانه هو وحده الذي يأخذ بالشفعة دون الحار .

(٤) في الطبقة الرابعة صاحب الرقبة عندما يشفع في حق الحكر ، أو صاحب حق الحكر عندما يشفع في الرقبة . فإذا كان هناك عقار رتب عليه صاحبه حق حكر . ثم باع صاحب حق الحكر حقه ، فالشفيعان في هذا الحق هما صاحب الرقبة والحار . ولما كان صاحب الرقبة هنا في الطبقة الرابعة ويتقدم على الحار . فانه هو وحده دون الحار الذي يأخذ حق الحكر بالشفعة . ولو أن صاحب الرقبة هو الذي باع الرقبة ، فان الشفيعين في هذه الرقبة يكونان هما

(١) وقد جرت مناقشات طويلة في لجنة الأستاذ كامل صدق في شأن تقديم صاحب حق الانتفاع على الشريك في الشيوخ . في جلسة ١٨ يونيه سنة ١٩٣٧ ، تناقش الأعضاء طويلا في هذه المسألة ، وانتهت المناقشة بأن اتخذ قرار بالأغلبية بتقديم الشريك في الشيوخ على صاحب حق الانتفاع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ - ص ٣٦٥ في الهامش) . ثم أعادت اللجنة ، في جلسة ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٧ ، المناقشة في المسألة ، وانتهت إلى قرار عكس القرار السابق بجعل صاحب حق الانتفاع في المرتبة الثانية متقدماً على الشريك في الشيوخ الذي جعلته في المرتبة الثالثة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٨٦ - ص ٣٨٧ في الهامش) . وعلى هذا الوجه تقدم المشروع التمهيدى إلى لجنة المراجعة ، فمكست هذه اللجنة الترتيب وعادت إلى الترتيب الأول ، إذ جعلت الشريك في الشيوخ في المرتبة الثانية متقدماً على صاحب حق الانتفاع الذي جعلته في المرتبة الثالثة . واستقر المشروع على ذلك في سائر مراحل التشريعية ، إلى أن أصبح تقنيناً . أنظر آنفاً فقرة ١٧٩ في الهامش .

صاحب حق الحكر والجار . ولما كان صاحب حق الحكر في المرتبة الرابعة ويتقدم هو أيضا على الجار ، فانه هو وحده دون الجار الذى يأخذ الرقبة بالشفعة .

(٥) في الطبقة الخامسة والأخيرة الجار المالك ، وهو أدنى الشفعاء طبقة . فاذا كان هناك عقار مملوك ملكا تاما لشخص واحد وباعه ، ففي هذا الفرض لا يوجد مالك رقبة ولا شريك في الشيوع ولا صاحب حق انتفاع ، وليس العقار محكرا حتى يكون هناك مالك رقبة وصاحب حق حكر . ومن ثم لا يوجد إلا شفيع واحد هو الجار ، فله حينئذ أن يأخذ بالشفعة . وهذا الفرض هو الذى يكثر وقوعه في العمل (١) .

١٩٦ - الحالة الثانية - تراحم الشفعاء وهم من طبقة واحدة : تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٣٧ مدنى ، كما رأينا (٢) ، على ما يأتى : « وإذا تراحم الشفعاء من طبقة واحدة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه » . والمفروض هنا أن الشفعاء الذين هم من طبقة أعلى قد فضلوا على من هم دونهم طبقة من الشفعاء على النحو الذى بيناه فيما تقدم . وطلب أصحاب الطبقة الأعلى وحدهم الأخذ بالشفعة .

فاذا كانوا من الطبقة الأولى . وهم ملاك الرقبة يشفعون في حق الانتفاع . وكانوا ثلاثة مثلا لأحدهم نصف الرقبة في الشيوع وللثاني الثلث وللثالث

(١) هذا وإذا اعتبرنا مالك الطبقة في البناء متعدد الطبقات شفعيا بحكم الجوار ، فإنه يأتى في الطبقة الخامسة كسائر الجيران . ويبدو أنه إذا تراحم مع جار جاذبى عادى ، فإنه يقدم عليه كما سئرى ، لأن الشفعة تعود على ملكه بمنفعة أكبر مما تعود على ملك الجار العادى . وإذا بيعت إحدى طبقات الدار ، فتراحم على أخذها بالشفعة صاحب الطبقة الأعلى مباشرة وصاحب الطبقة الأسفل مباشرة ، فإنه يبدو أن صاحب الطبقة الأعلى مباشرة هو الذى يقدم ، لأن له مصلحة أكبر في الأخذ بالشفعة كما سئرى .

أما إذا اعتبرنا مالك الطبقة شفعيا بحكم الشركة الشائعة في أرض البناء ، فإنه يملو إلى طبقة الشريك في الشيوع ، أى إلى الطبقة الثانية ، ويتفاضل ملاك الطبقات فيما بينهم إذا تراحموا كما يتفاضل سائر الشركاء في الشيوع كما سئرى .

أنظر آنفاً فقرة ١٨٥ في آخرها .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٩٣ ،

السدس ، اقتسموا حق الانتفاع الذى تقدموا لأخذه بالشفعة فيما بينهم بنسبة نصيب كل منهم فى ملكية الرقة . وعلى ذلك يأخذ الأول بالشفعة نصف حق الانتفاع ، والثانى الثلث ، والثالث السدس .

وإذا كانوا من الطبقة الثانية ، وهم الشركاء فى الشيوخ ، فإذا كان هناك عقار يملكه أربعة مثلاً على الشيوخ ، لأحدهم النصف وقد باعه لأجنبى ، ولكل من الثلاثة الآخرين السدس ، فإن هؤلاء الثلاثة يقتسمون فيما بينهم النصف المبيع من العقار الذى أخذه بالشفعة . بالتساوى فيما بينهم لكل منهم السدس . فيصبح العقار ، بعد الأخذ بالشفعة ، مملوكاً لهؤلاء الثلاثة على الشيوخ . بالتساوى فيما بينهم لكل منهم الثلث . وقل مثل هذا فيما إذا كان الشفعاء شركاء فى الشيوخ فى الرقة ، ويشفعون فى حصة شائعة فى الرقة باعها أحدهم . وكذلك الحكم فيما إذا كان الشفعاء شركاء فى الشيوخ فى حق الانتفاع . ويشفعون فى حصة شائعة فى حق الانتفاع باعها أحدهم . وإذا اعتبرنا ملاك الطبقات شفعاء بوصفهم شركاء فى الشيوخ فى الأرض المقام عليها البناء ، فإنهم يأخذون جميعاً بالشفعة الطبقة المبيعة ، ويصبحون ملاكاً لها على الشيوخ بنسبة نصيب كل منهم فى الأرض الشائعة المقام عليها البناء .

وإذا كان الشفعاء من الطبقة الثالثة . وهم أصحاب حق الانتفاع يشفعون فى الرقة ، وكان اثنان مثلاً يملكان حق الانتفاع على الشيوخ لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث . ويبيع الرقة . فإن صاحبي حق الانتفاع يأخذانها بالشفعة بنسبة نصيب كل منهما فى حق الانتفاع . فيصبح الأول مالكا للعقار فى الشيوخ ملكية تامة بمقدار الثلثين . ويصبح الآخر مالكا فى الشيوخ ملكية تامة بمقدار الثلث .

وإذا كان الشفعاء من الطبقة الرابعة . وكان لرقة الأرض المحكرة مالكان فى الشيوخ مثلاً يملكانها بالتساوى ، ويبيع حق الحكر : اقتسماه عند أخذه بالشفعة بالتساوى فيما بينهما . وكذلك لو كان حق الحكر لاثنتين مثلاً يملكانه على الشيوخ بالتساوى ، ويبيع الرقة ، اقتسماها عند أخذها بالشفعة بالتساوى فيما بينهما .

وإذا كان الشفعاء من الطبقة الخامسة والأخيرة ، وهم الجيران ويدخل فيهم ملاك الطبقات على الرأى الغالب ، فللمفاضلة فيما بينهم إذا تراحموا قاعدة أخرى سيأتى بيانها فيما يلى (١) .

ونحن نفرض فى كل ما تقدم أن الشفعاء من الطبقة الأعلى (٢) قد تقدموا جميعا للأخذ بالشفعة (٣) . فاقسموا العقار المشفوع فيه ، كل منهم بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به . ولكنهم قد لا يتقدمون جميعا للأخذ بالشفعة . بل يتقدم بعضهم دون بعض . أو يتقدم واحد منهم فقط ، فعند ذلك تثار مسألة هامة هى مسألة عدم تفرق الصفقة عند تعدد الشفعاء من الطبقة الواحدة ، فنعرض لها فيما يلى .

١٩٧ - عدم تفرق الصفقة عند تعدد الشفعاء من الطبقة الواحدة :

إذا تعدد الشفعاء من الطبقة الواحدة . وكانت هذه الطبقة هى الطبقة الأعلى التى لها الأخذ بالشفعة ، فإن كل شفيع منهم يجب أن يطلب الشفعة فى كل العقار المشفوع فيه ، ولا يقتصر على طلب جزء من هذا العقار بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به . ذلك أن هناك احتمالاً فى ألا يطلب الشفعة إلا بعض الشفعاء دون بعض أو ألا يطلبها أحد غيره ، فإذا اقتصر على طلب الشفعة فى جزء من العقار المشفوع فيه بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به . فإن الصفقة تتجزأ على المشتري ، ومن حقه ألا تتجزأ عليه الصفقة . كذلك هناك احتمال ، حتى لو طلب الشفعة جميع الشفعاء ، أن يسقط طلب أحدهم أو بعضهم لسبب يتعلق بالمواعيد أو غيرها من إجراءات الشفعة ، فتتفرق الصفقة على المشتري . لذلك يجب على كل شفيع أن يطلب الشفعة فى جميع العقار المشفوع فيه كما قدمنا ، فإذا طلبوا الشفعة جميعا ولم يسقط طلب أى منهم ، قسم عليهم العقار المشفوع فيه كل بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به على الوجه الذى سبق بيانه . وإذا طلب الشفعة بعضهم دون بعض ، أو طلب الجميع ولكن سقط طلب بعضهم ،

(١) أنظر فقرة ١٩٨ .

(٢) فيما عدا الجيران فهم فى الطبقة الأخيرة . فإذا لم توجد طبقة من الشفعاء أعلى منهم ، أو وجدت ولكنها لم تتقدم للأخذ بالشفعة ، فالجيران فى هذه الحالة يكونون هم الشفعاء .

(٣) أو تقدم للأخذ بالشفعة طبقة أدنى لأن الطبقة الأعلى لم تتقدم .

فان العقار المشفوع فيه كله يقسم على الشفعاء الذين تقدموا أو الذين صح طلبهم ، كل بنسبة نصيبه في العقار المشفوع به . وإذا انفرد واحد من هؤلاء الشفعاء بطلب الشفعة ، أو لم يصح إلا طلب واحد منهم فقط ، فان هذا الشفعي الواحد يأخذ بالشفعة كل العقار المشفوع فيه . وهكذا لا تتفرق الصفقة على المشتري . في أي فرض من هذه الفروض (١) . فاذا كان هناك ثلاثة من الشفعاء من طبقة واحدة يستحقون الأخذ بالشفعة ، وجب على كل منهم أن يطلب الشفعة في كل العقار المشفوع فيه ، فاما أن يأخذ العقار كله إذا انفرد . أو يأخذ بعضه بالنسبة التي سبق بيانها إذا اشترك معه غيره ، وفي جميع الأحوال يأخذ من صح طلبه من الشفعاء الثلاثة كل العقار المشفوع فيه ، فلا تتفرق الصفقة على المشتري . وإذا كان لا يجوز تفريق الصفقة على المشتري ، فانه لا يجوز أيضا للمشتري اجبار الشفعي على أن يقتصر في الأخذ بالشفعة على مقدار نصيبه بدعوى أن عدم تفريق الصفقة إنما تقررت لمصلحة المشتري وحده . ذلك بأن عدم تفريق الصفقة تقرر لمصلحة الشفعي أيضا . فهو يأخذ بالشفعة لإخراج المشتري من الصفقة ، فاذا اقتصر على مقدار نصيبه . ولم يطلب الشفعاء الآخرون الشفعة أو سقط طلبهم . بقي المشتري داخلا في الصفقة بمقدار نصيب هؤلاء الشفعاء الآخرين : وهذا ما يحق للشفعي أن يتفاداه .

والقاعدة التي قررناها من وجوب أن يطلب الشفعي الشفعة في كل العقار المشفوع فيه لا تنطبق فحسب في حالة وجود طبقة واحدة من الشفعاء تستحق الأخذ بالشفعة . بل تنطبق أيضا في حالة وجود طبقات متعددة . فأى شفعي من أية طبقة يجب أن يطلب الشفعة في كل العقار المشفوع فيه ، لاحتمال ألا يطلب الشفعة أحد من الطبقات التي هي أعلى منه ، ولا أحد من الشفعاء الذين هم في طبقته . وتنطبق القاعدة أيضا على الطبقة الدنيا من الشفعاء وهم الجيران ، فأى جار يريد الأخذ بالشفعة يجب أن يطلبها في كل العقار المشفوع فيه ، حتى

(١) وقد نصت المادة ١١٣٦ مدني عراقي على أنه « ١ - يجب أن يطلب الشفعي كل المشفوع . ولوتعدد الشفعاء المستحقون للشفعة . وإذا أسقط شفعي حقه في الشفعة قبل الحكم أو التراضي ، سقط حقه ويأخذ الشفعاء الآخرون كل المشفوع ، وإن أسقط شفعي حقه بعد الحكم أو التراضي فلا يسقط . ٢ - وليس لأحد من الشفعاء أن ينزل عن حقه لأجنبي أو لشفعي آخر ، فإن فعل سقط حقه » .

لو وجد من الجيران من هم أحق بالشفعة منه ، لاحتال ألا يطلب أحد من هؤلاء الأخذ بالشفعة .

وإذا كان شفيعان ، طلب أحدهما الشفعة في بعض العقار المشفوع فيه ، وطلبها الآخر في كل العقار . أخذ الشفيع الثاني دون الشفيع الأول كل العقار بالشفعة (١) . وإذا طلب شفيع الشفعة في بعض العقار المشفوع فيه ، لم يصح طلبه ، ولا يجوز له بعد ذلك أن يطلب الشفعة في كل العقار المشفوع فيه إذا كانت المواعيد قد انقضت (٢) .

١٩٨ - التزامهم فيما بين الجيران عند تعددهم : بقى أن نواجه حالة التزامهم فيما بين الجيران عند تعددهم . ذلك أن القاعدة التي تقضى بأن يقتسم الشفعاء عند تعددهم العقار المشفوع فيه كل بنسبة نصيبه في العقار المشفوع به لا تنطبق هنا ، إذ أن الجيران يختلفون عن غيرهم من الشفعاء في أنهم لا يشتركون جميعا في عقار مشفوع به واحد . فلكل جار عقاره الذي يشفع به ، لا يشترك فيه معه غيره من الجيران الآخرين . والذي يجب أن يأخذ بالشفعة من الجيران ، إذا تعددوا وتزاحموا على الأخذ بها ، هو جار واحد ، وهو الجار الذي تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره . وقد كان هذا هو الحكم الذي نص عليه صراحة قانون الشفعة السابق ، فقد نصت المادة ٧ (رابعا) من هذا القانون على ما يأتي : « وإذا تعدد الجيران ، يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره » . وقد ورد هذا النص نفسه في المشروع التمهيدي للمادة ٩٣٧ من التقنين المدني الجديد ، عندما جعل هذا المشروع الجوار سببا من أسباب الأخذ بالشفعة . ولكن عندما حذف الجوار كسبب للأخذ بالشفعة في المشروع النهائي ، حذف النص مع سائر النصوص التي تتعلق بالجوار . ولما أعيد الجوار ضمن أسباب الشفعة في مجلس النواب ، سعى على هذا المجلس أن يعيد النص كما كان ، واقتصر على إيراد الجوار كسبب للأخذ بالشفعة ، دون أن ينص على أنه عند تراحم الجيران يقدم منهم من تعود

(١) حتى لو كان الشفيع الأول أعلى طبقة من الشفيع الثاني .

(٢) ملوى ٨ يناير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٩٣ ص ١٢٣ .

على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره . وبقيت المادة ٩٣٧ مدني خلوا من هذا النص عندما عرضت على مجلس الشيوخ ، وقد سهى على هذا المجلس أيضا أن يعيد النص . فخرج التقنين المدني في المادة ٩٣٧ منه على الوجه الذي خرج به ، خاليا من هذا النص (١) .

ولما كانت المادة ٢/٩٣٧ مدني ، على الوجه الذي استقرت عليه ، تجعل استحقاق كل شفيع ، عند تعدد الشفعاء من طبقة واحدة ، « بقدر نصيبه » . وهذه القاعدة لا يمكن انطباقها في حالة تعدد الجيران وتزاحمهم لأنهم لا يشفعون بعقار واحد كما قدمنا حتى يأخذ كل منهم الشفعة بنسبة نصيبه في هذا العقار ، فقد وجب الرجوع إلى القاعدة القديمة التي تضمنها قانون الشفعة السابق وتضمنها المشروع التمهيدى للمادة ٩٣٧ مدني ، باعتبارها عرفا مستقرا جرى عليه العمل ولم يكن إغفالها إلا لجرد السهو ، وهي على كل حال الحكم العادل عند سكوت النص . فيقضى بالشفعة ، إذا تعدد الجيران وتزاحموا ، للجار الذي تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره من الجيران الآخرين (٢) .

(١) أنظر في هذا آنفاً فقرة ١٩٣ في الهامش .

(٣) ولتفصيل جار على جار ، يراعى موقع كل منهما ، وتخصيصه ، وضرورة توسيعه (استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٣١) ، ولا يدخل في الاعتبار ما يجنيه الشفيع من فوائد شخصية (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٦٩ - ١٢ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٧٩) . وقد قضت محكمة النقض بأن العبرة في مجال المفاضلة بين الجيران المتزاحمين في طلب الشفعة إنما هي بالمنفعة التي تعود من الأخذ بالشفعة على ملك كل منهم المشفوع به ، دون اعتداد بالمنفعة التي تعود على ملك كسبه أحدهم بعد البيع أساس الشفعة ، ودون اعتبار للقوائد التي قد تعود على الشفيع شخصياً من الأخذ بالشفعة (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٥ - ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٧٠ ص ٤٦٧) .

وانظر في وجوب الأخذ بالقاعدة القديمة بالرغم من إغفالها سهواً : محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥٠ ص ٤٣٧ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٢٥ - إسماعيل غانم ص ٧٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩١ ص ٤٢٧ - حسن كيرة ص ١٠ - وقارن محمد كامل مرسى فقرة ٢٧٢ ص ٢٦٩ هامش ١ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٦٣ ص ٣٦٩ - شفيق شحاتة فقرة ٢٥٢ ص ٢٦٦ هامش ١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٧ ص ٣٢٨ - ص ٣٢٩ (ومن رأيه معاملة الجيران المتزاحمين معاملة واحدة ، ويكون ذلك بتقسيم العقار المشفوع فيه بينهم بالتساوي) .

وعلى ذلك إذا تزامن جاران في أخذ أرض معدة للبناء بالشفعة . وكان عتار أحد الجارين ملاصقاً للأرض المشفوع فيها ولها في الوقت ذاته حق ارتفاق عليها كحق مطل أو حق مرور ، وكان عتار الجار الآخر ملاصقاً للأرض المشفوع فيها ولا شيء غير ذلك ، فضل الجار الأول وأخذ وحده الأرض بالشفعة ، لأن عتاره أكثر اتصالاً بالعتار المشفوع فيه . فتعود الشفعة على عتاره بمنفعة أكبر .

وإذا تزامن جاران في أخذ أرض زراعية بالشفعة ، وكانت أرض أحد الجارين ملاصقة للأرض المشفوع فيها من ثلاث جهات ، وكانت أرض الجار الآخر ملاصقة للأرض المشفوع فيها من جهتين اثنتين فقط ، فضل الجار الأول وأخذ وحده الأرض بالشفعة ، لأن أرضه أكثر اتصالاً بالأرض المشفوع فيها ، فتعود الشفعة على أرضه بمنفعة أكبر . أما إذا كانت أرض الجار الثاني ملاصقة للأرض المشفوع فيها من جهتين وعليها في الوقت ذاته حق ارتفاق لمصلحة الأرض المشفوع فيها ، فيغلب أن يقدم الجار الثاني على الجار الأول ، لأن الملاصقة من جهتين مع قيام حق ارتفاق تجعل أرض الجار الثاني في الغالب أكثر اتصالاً بالأرض المشفوع فيها من أرض الجار الأول الملاصقة للأرض المشفوع فيها من ثلاث جهات . فيأخذ الجار الثاني وحده الأرض المشفوع فيها ^(١) . على أن ذلك يجب أن يكون محلاً لتقدير قاضي الموضوع ،

(١) وقد قضى بأنه إذا تزامن جاران لكل منهما حق ارتفاق بالرى على الأرض المشفوع فيها ، ولكن أحد الجارين مجاور من جهة واحدة في حين أن الجار الآخر من جهتين ، فضل الجار الآخر المجاور من جهتين (استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٧١) . وإذا كان عتار كل من الجارين مثقلاً بحق ارتفاق لمصلحة العتار المشفوع فيه ، فضل من كان حق ارتفاقه أشد عبثاً (استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠٠) . وقضى بتفضيل الجار مالك العتار الأصغر ، لأنه إذا ضم العتار المشفوع فيه حصل على منفعة أكبر (استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٠٤ - ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٦٩ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٣) . وانظر أيضاً في تفضيل الجار الذي تعود عليه منفعة أكبر : استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٥٩ - ١٠ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٥٠ (تفضيل الجار الذي يملك وحده العتار المشفوع به على الجار الذي لا يملك العتار المشفوع به إلا على الشيوع) - ١٠ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٤ . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يستبعد من بين الجيران المتزاممين في الأخذ بالشفعة الجار الذي تقرر إدخال عتاره الذي يشفع به في طريق عام صدر مرسوم به (استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٠) .

فاذا قدر أن الملاصقة من ثلاث جهات في حالة بعينها تجعل الاتصال أوثق ، كان له أن يقضى بالشفعة للجار الأول وحده (١) .

وإذا اعتبرنا مالك الطبقة من الدار جارا ملاصقا للطبقة التي تحته وللطبقة التي فوقه كما هو الرأي الراجح ، وزاحمه جار عادي ، فانه يفضل على الجار العادي ، لأن طبقته أكثر اتصالا بالطبقة المبيعة من عقار الجار العادي . أما إذا بيعت طبقة من الدار وتزاحم على أخذها بالشفعة مالك الطبقة الأعلى مباشرة ومالك الطبقة الأسفل مباشرة ، فالغالب تفضيل مالك الطبقة الأعلى ، فيأخذ وحده الطبقة المتوسطة بالشفعة . على أن المسألة متروكة لتقدير قاضي الموضوع ، فقد يرى ، من موقع كل من الطبقتين بالنسبة إلى الطبقة المتوسطة ومن الظروف الأخرى المحيطة بالبناء ، تفضيل مالك الطبقة الأسفل ، فيأخذ هذا وحده الطبقة المبيعة بالشفعة .

وهناك خلاف في الرأي ، فيما إذا لم يتيسر تعيين من من الجيران المتزاحمين تعود الشفعة عليه بمنفعة أكبر ، بحيث يبدو أن الكل يتساوون في المنفعة . فرأى يذهب إلى أن العقار المشفوع فيه يقسم في هذه الحالة بين الجيران المتزاحمين بالتساوي فيما بينهم ، ما دام أن أحدا منهم لا يرجع الآخرين في المنفعة التي تعود عليه من الشفعة ، فلا يجوز لأحد أن يستأثر بها ، كما لا يجوز حرمان الجميع منها ، وهذا هو الحكم المقرر في الفقه الإسلامي (٢) . ويذهب رأي آخر إلى أنه لا يجوز تقسيم العقار المشفوع فيه بين الجيران ، والتقسيم لا يكون إلا بين الشفعاء الآخرين غير الجيران بحسب صريح النص إذ يقسم العقار المشفوع فيه بين هؤلاء الشفعاء الآخرين بنسبة نصيب كل منهم في العقار

(١) استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٧ ص ٤٨٨ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «أما إذا تزاحم الجيران في الأخذ بالشفعة ، فإن الذى يقدم منهم هو من تعود على ملكه منفعة أكثر من غيره ، ويترك هذا لتقدير القاضي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٢) .

(٢) استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٧ ص ٤٨٨ - المنصورة الكلية ١٤ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٩ - استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٠٥ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥٠ ص ٤٣٦ وص ٤٣٧ - ص ٤٣٨ - ومن الفقهاء من يذهب إلى أن التقسيم ما بين الجيران يكون بنسبة ما يملك كل منهم من عقار مشفوع به (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩١ ص ٤٢٨) .

المشفوع به ، أما الجيران فلم يرد في شأنهم نص مماثل ، بل ورد النص (في قانون الشفعة السابق) بوجوب تفضيل من تعود عليه من الأخذ بالشفعة منفعة أكبر . وقد رجعت محكمة الاستئناف المختلطة إلى هذا الرأي ، إذ قضت بأن قسمة العقار المشفوع فيه التي كانت مقررة في الشريعة الإسلامية قد ألغاهها قانون الشفعة الذي يقدم في حالة التزاحم الجار الذي تعود على عقاره منفعة أكبر من غيره . ولا يقرر القسمة إلا في حالة التزاحم بين ملاك الرقبة أو الشركاء في الملك أو أصحاب حق الانتفاع ^(١) . والذي نراه أنه عندما تقرر تفضيل الجار الذي تعود الشفعة على ملكه بمنفعة أكبر ، افترض في ذلك أنه يمكن دائماً ، إذا تزاحم الجيران الشفعاء ، تعيين جار واحد منهم ينتفع بالشفعة أكثر من غيره . وهذا الجار هو الذي يأخذ وحده بالشفعة ولا يزاحمه فيها الجيران الآخرون . وما دامت المسألة متروكة إلى تقدير قاضي الموضوع ، فإن القاضي سيجد دائماً في ظروف الدعوى ، وموقع العقارات ، واتصال العقار المشفوع به بالعقار المشفوع فيه ، والحاجات المتنوعة للعقار المشفوع به ، وافتقاره في بعض الأحيان إلى توسيع رقعته أو زيادة مرافقه أو تيسير اتصاله بطريق عام أو ترعة عامة أو مصرف عام . وما إلى ذلك ، مبرراً لتقديم جار على جار ، وإيثار أحد الجيران المتزاحمين دون غيره في الأخذ بالشفعة .

١٩٩ - الحانة الثالثة - تراحم الشفعاء مع المشتري وهو شفع صلهم -

تراحم مع شفعاء أدنى من طبقة : تنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٣٧ مدني ، كما رأينا ^(٢) ، على ما يأتي : « فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفعياً بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم . . من طبقة أدنى . . » . والنص يفترض أن المشتري نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي اشتراه ،

(١) استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٥٩ - وانظر محمد كامل مرسى

في الشفعة ص ١٤٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٩٣ .

ويتقدم لأخذ العقار منه بالشفعة شفيح أدنى منه طبقة (١) .

فهو إما مالك الرقبة في عقار تقسم فيه حق الانتفاع بين شريكين في الشيوع ، وقد اشترى حصة أحد الشريكين في حق الانتفاع . فإذا تقدم للأخذ بالشفعة صاحب الحصة الأخرى في حق الانتفاع باعتباره شريكا في الشيوع ، أو تقدم الحار للأخذ بها ، لم يجوز لأى منهما الأخذ بالشفعة . ذلك أنه لو كان المشتري شخصا آخر غير مالك الرقبة ، لكان مالك الرقبة نفسه شفيحا في الطبقة الأولى من الشفعاء . ولو زاحمه في الأخذ بالشفعة صاحب الحصة الأخرى في حق الانتفاع باعتباره شريكا في الشيوع في الطبقة الثانية بين الشفعاء ، أو زاحمه الحار وهو في الطبقة الخامسة والأخيرة بين الشفعاء ، لفضل على كل منهما باعتباره أعلى طبقة ، ولأخذ وحده دونهما بالشفعة الحصة الشائعة المبيعة في حق الانتفاع . فإذا كان هو الذى اشتراها ، فإنه من باب أولى يفضل على كل من الشفيعين الآخرين اللذين هما أدنى منه طبقة . وعلى ذلك لا يجوز لأحد من هذين أن يأخذ بالشفعة عقارا اشتراه شفيح أعلى منه طبقة .

(١) وواضح أن المشتري يكون قد توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة وقت أن اشترى ، حتى لو فقد هذه الشروط أو بعضها بعد الشراء ، كأن كان شريكاً في الشيوع في بناء واشترى البناء الملاصق ، ثم اقتسم بعد ذلك البناء الذى يملك فيه حصة شائعة وكان نصيبه المفرز لا يلاصق البناء الذى اشتراه . وما دام المشتري الشفيح قد اشترى العقار المشفوع فيه ، فليس به حاجة إلى اتباع إجراءات الشفعة ، لأنه إنما يملك العقار بطريق الشراء لا بطريق الشفعة ، ولأنه لا يوجد بيع يشفع فيه ، ولا يحل محل مشتر غيره إذ أنه هو المشتري نفسه (استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٧٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٢٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٢ ص ٤٣٠ - ص ٤٣١) .

وإذا كان مستساغاً أن يقال إن الحالة التى يكون فيها المشتري شفيحاً ليست حالة تزام بين الشفعاء ، لأن التزاحم إنما يكون بين أكثر من شفيح ، لا بين شفيح ومشتري ولو كان المشتري تثبت له صفة الشفيح (أنظر في هذا المعنى منصور مصطفى منصور فقرة ١٤١ ص ٣٣٧ هامش ٢) ، إلا أنه قد لوحظ عند إيراد هذه الحالة بين حالات تزامم الشفعاء أن المشتري هو أيضاً شفيح يزاحمه شفعاء آخرون ، فيتقدم عليهم إذا كانوا من طبقته أو من طبقة أدنى ، ويتقدمون عليه إذا كانوا أعلى منه طبقة ، فلا يخلو الأمر من معنى المزاحمة . ومهما يكن من أمر ، فإن تقريب هذه الحالة من حالات تزامم الشفعاء مستساغ من الناحية العملية على الأقل .

وقد يكون المشتري هو أحد شريكين لعقار شائع بينهما ، وقد اشترى حصة الشريك الآخر . فإذا تقدم الحار لأخذ الحصة المباعة بالشفعة ، لم يكن هذا جائزا . ذلك أنه لو كان المشتري شخصا آخر غير الشريك في الشروع ، لكان الشريك في الشروع نفسه شفعيا في الطبقة الثانية بين الشفعاء . ولو زاحمه في الأخذ بالشفعة الحار وهو في الطبقة الخامسة والأخيرة ، لفضل عليه باعتباره أعلى طبقة ، ولأخذ وحده دون الحار الحصة الشائعة المباعة بالشفعة . فإذا كان هو الذي اشتراها ، فإنه من باب أولى يفضل على الحار ، وعلى هذا لا يجوز لهذا الأخير أن يأخذ بالشفعة عقارا اشتراه شفع هو أعلى منه طبقة .

وقد يكون المشتري هو صاحب حق الانتفاع في عقار ، وقد اشترى الرقبة من صاحبها . فإذا تقدم الحار لأخذ الرقبة بالشفعة ، لم يكن هذا جائزا . ذلك أنه لو كان المشتري شخصا آخر غير صاحب الانتفاع ، لكان صاحب حق الانتفاع نفسه شفعيا في الطبقة الثالثة بين الشفعاء . ولو زاحمه الحار وهو في الطبقة الخامسة والأخيرة ، لفضل عليه باعتباره أعلى طبقة ، ولأخذ وحده دون الحار الرقبة المباعة بالشفعة . فإذا كان هو الذي اشتراها ، فإنه من باب أولى يفضل على الحار . ومن ثم لا يجوز لهذا الأخير أن يأخذ بالشفعة عقارا اشتراه شفع هو أعلى منه طبقة .

وقد يكون المشتري هو صاحب الرقبة في أرض محكرة وقد اشترى حق الحكر ، أو يكون هو صاحب حق الحكر وقد اشترى الرقبة . ففي الحالين إذا تقدم الحار لأخذ حق الحكر أو الرقبة بالشفعة ، لم يكن هذا جائزا . ذلك لأنه لو كان الذي اشترى حق الحكر أو الرقبة شخصا آخر غير صاحب الرقبة أو صاحب الحكر ، لكان صاحب الرقبة أو صاحب الحكر نفسه شفعيا في الطبقة الرابعة بين الشفعاء . ولو زاحمه الحار وهو في الطبقة الخامسة والأخيرة لفضل عليه باعتباره أعلى طبقة ، ولأخذ بالشفعة دونه الحكر أو الرقبة . فإذا كان هو الذي اشترى الحكر أو الرقبة ، فإنه من باب أولى يفضل على الحار ، فلا يجوز للحار أن يأخذ بالشفعة عقارا اشتراه شفع هو أعلى منه طبقة .

٢٠٠ - نزاعهم المشتري مع شفعاء من نفس طبقة : تنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٣٧ مدني ، كما رأينا (١) ، على ما يأتي : « فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفعياً بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقة . . . » . والنص يفترض أن المشتري نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي اشتراه ، ويتقدم لأخذ العقار منه بالشفعة شفيع من نفس طبقة .

وهذه المسألة ، قبل أن يبت فيها التقنين المدني الجديد بنص صريح كما رأينا ، كانت من بين المسائل التي اشتد فيها الخلاف وانقسم فيها كل من الفقه والقضاء . ونعرض في إيجاز خلاصة لهذا الخلاف بعد أن أصبح في ذمة التاريخ منذ أن حسم بالنص الصريح كما قدمنا . فقد كان التقنين المدني المختلط السابق يحتوي نصاً لا يخلو من الغموض هو نص المادة ٩٥ من هذا التقنين . ويقضى بجواز أن يأخذ الشريك في الشيوع بالشفعة من شريك مثله اشتري من شريك ثالث حصته الشائعة ، وعلى هذا الشريك الشفيع أن يشارك فيما أخذه بالشفعة جميع شركائه في العين إذا طلبوا ذلك . ولم يكن لهذا النص نظير في التقنين المدني الوطني السابق فتضاربت الأحكام الوطنية والمختلطة . فمن الأحكام المختلطة ما قاس حالة إتيان على حالة الشريك في الشيوع . وأجاز للجار أن يأخذ بالشفعة من المشتري حتى لو كان جاراً مثله ، فيقسم العقار المشفوع فيه بين الجار المشتري والجار طالب الشفعة (٢) . ومنها ما قضى بالاشفعة للجار من المشتري إذا كان جاراً مثله ، لعدم ورود نص في الجار كما ورد النص في الشريك في الشيوع (٣) . ومن الأحكام الوطنية ما طبق حكم المادة ٩٥ مدني مختلط من غير أن يكون لها نظير في التقنين المدني الوطني . فقضى بجواز أن يأخذ الشريك في الشيوع بالشفعة من شريك مثله ويتقاسم معه الحصة الشائعة المشفوع فيها (٤) . ومنها ما قضى بالاشفعة من مشتر شفيع ، لعدم ورود

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٩٣ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ يونيو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٩١ .

(٣) استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٣٣ .

(٤) استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٨٩٩ القضاء ٦ ص ١٨٩ - الإسكندرية استئناف

٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ القضاء ٤ ص ٣٥٧ - ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩ القضاء ٥ ص ٩٧ .

نص في التقنين المدني الوطني بمائل نص المادة ٩٥ من التقنين المدني المختلط (١) . ثم صدر قانون الشفعة السابق يلغى النصوص الخاصة بالشفعة في التقنين المدني الوطني والمختلط ، ويستبدل بها نصوصا أخرى متطابقة للقضائين الوطني المختلط . وقد حل محل المادة ٩٥ من التقنين المدني المختلط المادة ٨ من قانون الشفعة في كل من القضاء الوطني والقضاء المختلط ، وتنص على أن « يثبت حق الشفعة ، وتراعى الأحكام المقررة في المادة السابقة فيما يتعلق بالأولوية ، ولو كان المشتري حائزا لما يجعله شفعيا باعتبار ما ذكر في المادة الأولى (٢) » . وفي نظرنا أن هذا النص ، وإن كان هو أيضا لا يخلو من شيء من الغموض ، أراد واضعه به أن يحل محل المادة ٩٥ من التقنين المدني المختلط ، مع تعميم حكمه على جميع الفروض ، دون قصره على الفرض الذي يأخذ فيه الشريك في الشيوع بالشفعة من المشتري إذا كان شريكا مثله . فالنص يضع مبدأ عاما ، هو أن يبقى (Subsiste) حق الشفعة للأشخاص الذين تثبت لهم صفة الشفع ، حتى لو كان المشتري هو نفسه شفعيا مثلهم . ولما كان هذا مبدأ عاما يتناول جميع الفروض الثلاثة ، فرض ما إذا كان الشفع أعلى طبقة بين الشفعاء من المشتري وفرض ما إذا كان في طبقته وفرض ما إذا كان دونه في الطبقة ، فقد أراد واضع النص أن يغطي هذه الفروض الثلاثة بعبارة واحدة قال فيها « وتراعى الأحكام المقررة في المادة السابقة فيما يتعلق بالأولوية (Préférence) » . فيتفاضل المشتري ، وهو شفع ، مع الشفعاء الذين يزاحمون ويريدون الأخذ منه بالشفعة ، ولا يمنعهم من ذلك كون المشتري شفعيا مثلهم بعد أن تقرر المبدأ العام القاضي بجواز الأخذ بالشفعة من المشتري الشفع . فإذا ما تفاضل المشتري الشفع مع الشفعاء الآخرين ، وجب أن « تراعى الأحكام المقررة في المادة السابقة فيما يتعلق بالأولوية » . وعلى ذلك إذا كان الشفع أعلى طبقة من المشتري فضل

(١) استئناف وطني ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ١٣٩ - مصر الكلية ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ١٧٩ .

(٢) وأورد المشرع المصري النص الفرنسي للمادة ٨ من قانون الشفعة على الوجه الآتي :

Le droit de préemption subsiste, et la règle établie à l'article précédent qui détermine la préférence est applicable, même dans le cas où l'ocquéreur se trouverait dans les conditions prévues à l'article 1er. pour se rendre lui-même préempteur.

عليه وأخذ العقار المبيع منه بالشفعة ، وإذا كان في طبقته ساواه وشاركه في العقار المبيع ، وإذا كان دونه طبقته لم يجز له الأخذ بالشفعة إذ يفضل عليه المشتري . وهذه الأحكام تتفق في جملتها مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي ، وقد أراد المشرع المصري أن يستلهم هذا الفقه فيما قرره من ذلك ^(١) . ومع أنه من اليسير أن تستخلص هذه الأحكام من نص المادة ٨ من قانون الشفعة السابق الذي تقدم ذكره ، إلا أن كلا من الفقه والقضاء انقسم في تفسير هذا النص . فبعض فهم منه أنه يقضي بجواز أن يأخذ الشفيع بالشفعة من مشتري في طبقته أو دونه طبقته ولا يأخذ بها من مشتري أعلى منه طبقته ، وهذا هو التفسير المعقول للنص ^(٢) . وبعض قصر النص على فرض واحد هو ما إذا زاحم المشتري شفيع أعلى منه طبقته مفسرا لفظ الأولوية (Prémence) بهذا

(١) وفي الفقه الإسلامي ، إذا شارك الشفيع المشتري الشفيع الذي هو من طبقته ، رأيان - رأى يذهب إلى تقسيم العقار المشفوع فيه على الشفيع والمشتري الشفيع بالتساوي . جاء في الفتاوى الهندية (حنى) : « لو أن رجلا اشترى داراً هو شفيعها ، ثم جاء شفيع مثله ، قضى القاضي بتصفها » (الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٨) . وجاء في ابن عابدين (حنى) : لو اشترى إثنان داراً وهما شفيعان ، ثم جاء ثالث بعد ما اقتسما بقضاء أو غيره ، فله ، أى للشفيع ، أن ينقض القسمة ضرورة صيرورة النصف ثلثاً » (ابن عابدين ٥ ص ٢٤١) . ورأى يذهب إلى تقسيم العقار المشفوع فيه على الشفيع والمشتري الشفيع بنسبة حصة كل منهم في العقار المشفوع به . جاء في منح الجليل (مالكى) : « إذا كان مشتري الشقص أحد الشفعاء ، ترك للشريك المشتري حصته من الشقص الذي اشتراه التي يشفع فيها لوبيع لغيره . فإن اشترى ذو السدس النصف ، ترك له ثلثه ، وأخذ ذو الثلث ثلثيه » (منح الجليل ٣ ص ٦٠٢) . هذا وهناك رأى ثالث يذهب إلى عدم جواز أخذ الشفيع بالشفعة إذا كان المشتري شفيعاً مثله . جاء في المغنى (حنبل) : « حكى عن الحسن والشعبي والبيهقي أنه لا شفعة للشريك الآخر ، لأنها تثبت لدفع ضرر الشريك الدخيل ، وهذا شركته متقدمة فلا ضرر في شرائه » (المغنى ٥ ص ٤٦٠) .

وانظر على الخفيف في أحكام المعاملات الشرعية الطبعة الثانية ص ١١٠ وما بعدها .
(٢) فإذا شفع من مشتري في طبقته ، فاسمه العقار المشفوع فيه بنسبة حصته في العقار المشفوع به (استئناف مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٦ ص ٥٢٨ - بنى سويف الكلية ١٠ أكتوبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٤٥ ص ٤٢٩ - متفلوط ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٨٨ ص ٤٥٩ - أحمد فتحي زغلول ص ٩٠ - ص ٩١ - على زكى العرابي فقرة ٦٨ ص ٤٣ - دى هلتس ٣ لفظ Prémption فقرة ٤٦ ص ٩١ - وانظر في حجج القائلين بهذا الرأى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٨ ص ٢٧٦ - ص ٢٧٧ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٣٨ ص ٥٦٠ - ص ٥٦٣ .

المعنى ، ففي هذا الفرض وحده يأخذ الشفيع بالشفعة من المشتري الشفيع ويفضل عليه ، أما في الفرضين الآخرين ، إذا كان الشفيع في طبقة المشتري أو كان دونه في الطبقة ، فلا ينطبق النص ولا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة (١) . ثم أخذ الرأي الأول يتغلب شيئاً فشيئاً حتى ساد الفقه أولاً (٢) ، ثم ساد القضاء بعد ذلك (٣) ، وبه أخذت محكمة النقض (٤) .

(١) استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٤٢ ص ٣٣٤ - استئناف أسبوط ٢ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٧٤ ص ٨١٤ - طنطا الكلية ١٧ مايو سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٦٢ ص ٣٤٠ - الإسكندرية الكلية الوطنية ١٢ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٨ ص ١٤٠ - استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٠٥ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٤١ - ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٦٩ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٣ - ٢ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٧٩ - ١٠ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٧٠ - وانظر في حجج القائلين بهذا الرأي محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٨ ص ٢٧٧ - ص ٢٨٠ .

(٢) حامد فهمي في المشتري الشفيع كغيره من الشفعاء استحقاقاً ومزاحمة في مجلة المحاماة ٨ ص ٢٦١ - ص ٢٧٥ - عبد السلام ذهني في الأموال فقرة ٥٠٦ ص ٦٩٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٨ ص ٢٨٠ - ص ٢٨٢ - ومع ذلك أنظر محمد علي عرفة في تعليقه على حكم محكمة النقض الصادر في ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ في مجلة القانون والاقتصاد ١٦ ص ٤١٥ ص ٤٣٥ والجزء الثاني في أسباب كسب الملكية فقرة ٣٤١ .

(٣) استئناف مصر ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ١٩ ص ٤٨ - ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٨١ ص ١٤٧ - المحلة الكبرى ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٦٧ ص ١٢٦ - ومع ذلك أنظر أسبوط الكلية ٢٠ سبتمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٤٣ ص ٨٥ - وانظر في تطور القضاء في هذه المسألة محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٢٩ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن النص الفرنسي للمادة ٨ من قانون الشفعة ، وهو النص الأصلي الذي وضع به القانون ، يفيد تقرير حق الشفعة وتطبيق الأحكام الواردة في المادة ٧ في الحالة التي يكون فيها المشتري حائزاً لما يجعله شفيعاً . ولا يمكن أن يستفاد منه أن يكون حق الشفعة مقصوراً على حالة التزام بين شفعاء من طبقات مختلفة دون حالة التزام بين شفعاء من طبقة واحدة ، فالنص لا يحتمل هذه التفرقة (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦١ ص ٧٠٩ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٩ ص ٢٧٢) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه متى كان يبين من الحكم أن المحكمة رجحت القول الذي يقول بعدم جواز الشفعة في الحالة التي يكون فيها الشفيع من مرتبة المشتري ، أخذاً بما انتهى إليه الشارع في المادة ٩٣٧ من القانون المدني الجديد ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون على =

وواجه التقنين المدني الجديد هذا الرأي المتغلب ، ووازن بينه وبين الرأي الآخر ، فرجح عنده الرأي الآخر . ذلك أنه إذا أمكن التسليم بأن يأخذ الشفيع بالشفعة من مشتر يكون الشفيع أعلى منه طبقة ، فليس من اليسير أن يسلم بهذا الحق الاستثنائي ، وفيه خروج واضح على قاعدة جوهرية من قواعد القانون المدني هي القاعدة التي تقضى ألا يترع من المالك ملكه دون رضاه ، لشفيع لا يعلو على المشتري في طبقته . فإن الشفيع إذا كان في طبقة المشتري ، فلا معنى لإعطائه الحق في الشفعة ومشاركة المشتري في العقار المشفوع فيه ، فإن المشتري يعادله في الطبقة ويزيد عليه بأنه هو الذي وقع عليه دون الشفيع اختيار البائع فأثره بالصفقة . ولا مبرر هنا للتجاوز عن إرادة البائع وإهدار هذه الإرادة ، فالشفيع لا يعلو على المشتري في الطبقة ، ثم إن المشتري ليس بأجنبي طراً على الشركة أو الحوار ويراد التخلص منه بالشفعة ، إذ هو شريك قديم أو جار قديم لا يقل شأنه في ذلك عن شأن الشفيع . وعلى ذلك أخذ التقنين المدني الجديد بعكس الرأي الذي كان سائداً في الفقه والقضاء ، ونص كما رأينا على أنه « إذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيعاً بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته . . . » . وقد حسم هذا النص كل خلاف في هذه المسألة ، ووضع الأمور في نصابها الصحيح .

فإذا كان هناك عقار يملكه اثنان في الشيوع ورتبا عليه حق انتفاع فأصبحا مالكين للرقبة فقط ، واشترى أحدهما حق الانتفاع ، لم يجرز للشريك الآخر في الرقبة أن يأخذ بالشفعة من الشريك الأول المشتري ويشاركه في حق الانتفاع لأن المشتري شفيع مثله وفي طبقته ، وهي الطبقة الأولى . وإذا كان هناك عقار يملكه ثلاثة على الشيوع ، وباع أحد هؤلاء الشركاء حصته الشائعة لشريك

= ما جرى به قضاء محكمة النقض ، وذلك لأن هذا النص الذي طبقته المحكمة لا يسرى على الماضي ولا يعمل به إلا بالنسبة إلى المنازعات التي تقع ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، في حين أن دعوى الشفعة رفعت في سنة ١٩٤٧ (نقض مدني ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٠ ص ١٨٩) - وانظر نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧١٨ رقم ٦٨ - ٣ مارس سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٧١٨ رقم ٧٠ .

ثانٍ ، لم يجوز للشريك الثالث أن يأخذ بالشفعة من الشريك الثاني ويشاركه في الحصة الشائعة المبيعة ، لأن المشتري شفيع مثله وفي طبقته ، وهي الطبقة الثانية . وإذا رتب صاحب العقار حق انتفاع على عقاره لشخصين على الشيوع فأصبح مالكا للرقبة فقط ، ثم باع الرقبة لأحد صاحبي حق الانتفاع ، لم يجوز لصاحب حق الانتفاع الآخر أن يأخذ بالشفعة من المشتري ويشاركه في الرقبة ، لأن المشتري شفيع مثله وفي طبقته ، وهي الطبقة الثالثة . وإذا كان شخصان يملكان أرضا وحكراهما فأصبحا لا يملكان إلا الرقبة ، وباع صاحب حق الحكر حقه لأحدهما ، فإن الثاني لا يجوز له الأخذ بالشفعة من المشتري ويشاركه في حق الحكر ، لأن المشتري شفيع مثله وفي طبقته ، وهي الطبقة الرابعة . والعكس صحيح ، فإذا كان شخص يملك عقارا وحكرا لشخصين على الشيوع فأصبح لا يملك إلا الرقبة ، ثم باع الرقبة لأحد صاحبي الحكر ، فإن صاحب الحكر الثاني لا يجوز له أن يأخذ بالشفعة من المشتري ويشاركه في الرقبة ، لأن المشتري شفيع مثله وفي طبقته ، وهي أيضا الطبقة الرابعة . وإذا باع شخص عقاره لأحد جيرانه ممن يحق لهم أخذ العقار بالشفعة ، لم يجوز لجار آخر أن يأخذ بالشفعة من الجار المشتري ، إذ أن المشتري شفيع مثله وفي طبقته ، وهي الطبقة الخامسة .

٢٠١ - **تزامم المشتري مع شفعاء أعلى منه طبقة** : تنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٣٧ مدني ، كما رأينا (١) ، على ما يأتي : « فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه يفضل . . . ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى » . والنص يفترض أن المشتري نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي اشتراه ، ويتقدم لأخذ العقار منه بالشفعة شفيع أعلى منه طبقة . ففي هذا الفرض وحده يفضل الشفيع على المشتري لأنه أعلى منه طبقة ، ويجوز له أخذ العقار المبيع بالشفعة من المشتري . وليس للمشتري أن يعترض ، فإن سبب الشفعة في الشفيع أقوى من سببها في المشتري ، وليس للبائع أن يؤثر المشتري على

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٩٣ .

الشفيع على خلاف ما يقضى به القانون من إثثار الشفيع على المشتري (١) .
وعلى ذلك إذا كان مالك العقار قد رتب عليه حق انتفاع لشريكين في
الشيوع فأصبح لا يملك إلا الرقبة ، وباع أحد الشريكين في حق الانتفاع
حصته الشائعة في هذا الحق للشريك الآخر ، فإن مالك الرقبة له أن يأخذ هذه
الحصة الشائعة من المشتري بالشفعة . ولا يستطيع المشتري الشريك في حق
الانتفاع أن يدفع دعوى الشفعة بأنه هو أيضا شفيع لأنه شريك في الشيوع ،
ذلك لأن مالك الرقبة الشفيع أعلى منه طبقة ، إذ هو في الطبقة الأولى في حين
أن الشريك في الشيوع في الطبقة الثانية .

وعلى ذلك أيضا إذا كان شخصان يملكان عقارا في الشيوع ورتبا عليه حق
انتفاع فأصبحا لا يملكان إلا الرقبة ، وباع أحدهما حصته الشائعة في الرقبة
لصاحب حق الانتفاع ، فإن الشريك الآخر في الرقبة له أن يأخذ هذه الحصة
الشائعة بالشفعة من صاحب حق الانتفاع . ولا يستطيع هذا الأخير أن يدفع
دعوى الشريك بأنه هو أيضا شفيع لأنه صاحب حق الانتفاع ، ذلك لأن
الشريك الآخر في الرقبة شريك في الشيوع فهو أعلى منه طبقة ، إذ هو في الطبقة
الثانية في حين أن صاحب حق الانتفاع في الطبقة الثالثة .

وعلى ذلك أيضا إذا كان شخصان يملكان عقارا على الشيوع وحكراه
فأصبحا لا يملكان إلا الرقبة ، وباع أحدهما حصته الشائعة في الرقبة لصاحب
حق الحكر ، جاز للشريك الآخر في الرقبة أن يأخذ هذه الحصة الشائعة بالشفعة
من صاحب حق الحكر . ولا يستطيع هذا الأخير أن يدفع دعوى الشفعة بأنه
هو أيضا شفيع لأنه صاحب حق الحكر ، ذلك لأن الشريك الآخر في الرقبة
شريك في الشيوع فهو أعلى منه طبقة ، إذ هو في الطبقة الثانية في حين أن
صاحب حق الحكر في الطبقة الرابعة .

(١) وعندما ناقشت لجنة الأستاذ كامل صدق هذه المسألة ، قال أحد الأعضاء « إنه يرى
تفضيل المشتري حتى على الشفعاء الذين هم من طبقة أعلى ، واقترح تعديل النص بهذا المعنى ،
واستند في ذلك إلى مبدأ حرية التعاقد وإلى أن المشتري في هذه الحالة يجمع بين صفتي المشتري
والشفيع . وأخذ الرئيس الآراء على التعديل . . فرفضت اللجنة الاقتراح بأغلبية الآراء »
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٨٩ في الهامش) . وقررت اللجنة تقديم الشفيع على
المشتري ، إذا كان الشفيع أعلى طبقة من المشتري .

وعلى ذلك أخيراً إذا كان شخصان يملكان عقارا في الشيوع، وباع أحدهما حصته الشائعة لجار، جاز للشريك الآخر في الشيوع أن يأخذ الحصة الشائعة من الجار بالشفعة. ولا يستطيع الجار أن يدفع دعوى الشفعة بأنه هو أيضا شافع لأنه جار، ذلك أن الشريك الآخر في الشيوع أعلى منه طبقة، إذ هو في الطبقة الثانية والجار في الطبقة الخامسة.

أما إذا باع مالك العقار عقاره لجار توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة، فإن أى جار آخر، ولو كانت الشفعة تعود عليه بمنفعة أكبر، لا يستطيع الأخذ بالشفعة من الجار المشتري. ذلك أن كل الجيران في رأينا من طبقة واحدة، ولا يعلو أحدهم على الآخرين لمجرد أن الشفعة تعود عليه بمنفعة أكبر. والمادة ٩٣٦ مدنى، عند ما رتبت طبقات الشفعاء، لم تجعل للجار إلا طبقة واحدة هي الطبقة الأخيرة، فلا يعلو جار على جار. ومن ثم إذا اشترى جار العقار المشفوع فيه، لم يستطع أى جار آخر ولو كانت منفعته أكبر أن يأخذ منه العقار بالشفعة لأنه من طبقته^(١)، والشفيع لا يأخذ بالشفعة من مشتريكون شفعيا من طبقته كما سبق القول^(٢). وإنما يتفاضل الجيران بالمنفعة الأكبر إذا كانوا كلهم شفعاء دون أن يكون فيهم مشتري، فإذا كان أحد الجيران هو المشتري تميز على سائر الجيران لأنهم جميعا من طبقته كما قدمنا فلا يجوز لهم أن يأخذوا منه العقار المبيع بالشفعة^(٣). وإذا اعتبرنا مالك الطبقة شفعيا بسبب الحوار كما

(١) أنظر في هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ٢٥٢ ص ٢٦٦ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٦٤ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٢٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٢ ص ٤٣٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤١ ص ٣٣٦ - وانظر استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٧٩.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٠.

(٣) ومع ذلك جرى القضاء، في عهد قانون الشفعة السابق، بأن الشافع الجار يقدم على المشتري الجار، فيكون له حق الأخذ بالشفعة. إذا كانت الشفعة تعود عليه بمنفعة أكبر. وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأنه إذا تعدد طالبو الشفعة من الجيران، وكان المشتري أحد الشفعاء، وجب أن يرجح منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره. (استئناف مصر ١٢ يونيه سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٦٣ ص ٩٣٠). وانظر استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٧ ص ٤٨٨ - ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٦ ص ٥٣٨ - استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٧٠ - وقضت =

هو الرأى الراجح ، فإنه يدخل أيضا في الطبقة الخامسة مع سائر الجيران. وعلى ذلك إذا باع صاحب الطبقة طبقته لصاحب الطبقة الأعلى لم يستطع صاحب الطبقة الأسفل أن يأخذ بالشفعة من مشتر هو من طبقته ، وكذلك إذا باع صاحب الطبقة طبقته لصاحب الطبقة الأسفل لم يستطع صاحب الطبقة الأعلى أن يأخذ بالشفعة لنفس السبب . ولنفس السبب أيضا إذا باع صاحب الطبقة طبقته لأحد صاحبي الطبقتين الأعلى والأسفل ، لم يستطع الحار العادى أن يأخذ بالشفعة الطبقة المبيعة . ولنفس السبب أخيرا إذا باع صاحب الطبقة طبقته لحار عادى ، لم يستطع أى من صاحبي الطبقتين الأعلى والأسفل أن يأخذ بالشفعة الطبقة المبيعة ، وذلك بالرغم من أن صاحب الطبقة الشفيع أوثق اتصالا بالطبقة المبيعة وتعود عليه الشفعة بمنفعة أكبر ، فهو مع ذلك كله لا يزال في طبقة الحار العادى كما سبق القول . ولو قلنا بأن صاحب الطبقة يشفع باعتباره شريكا في الشيوع لتغير الحكم ، ولأخذ بالشفعة من مشتر هو جار عادى لأنه يصبح أعلى منه طبقة ، إذ يصبح في الطبقة الثانية باعتباره شريكا في الشيوع في حين أن الحار العادى هو في الطبقة الخامسة . ولكن صاحب الطبقة ، حتى باعتباره شريكا في الشيوع ، لا يأخذ بالشفعة الطبقة المبيعة من مشتر هو صاحب طبقة أخرى . لأن كلا من الشفيع والمشتري شريك في الشيوع أى في طبقة واحدة ، ولا يأخذ شفيع بالشفعة عقارا اشتراه شفيع من طبقته كما سبق القول (١) .

= محكمة النقض أيضاً في هذا المعنى بأن المادة الثامنة من قانون الشفعة تقضى بأن حق الشفعة يبقى ولو كان المشتري حائزاً لما يجعله شفيعاً ، وفي هذه الحالة تتبع قواعد التفضيل المقررة في المادة السابقة لتزاحم الشفعاء . وتنص المادة السابعة على أنه إذا تعدد الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره . وإعمالاً لهذين النصين كان على محكمة الموضوع أن توازن بين المنفعة التي تعود على ملك الشفيع وتلك التي تعود على ملك المشتري ، وأن تفصل في طلب الشفعة وفقاً لنتيجة الموازنة ، فتقضى بالشفعة للشفيع متى ثبت أن منفعة ملكه من الشفعة أكبر ، وترفض دعواه إذا كانت المنفعة التي تعود على ملك المشتري أكبر أو إذا تساوت المنفعتان . أما إذ هي لم تفعل ، ورفضت دعوى الشفعة بناء على المساواة في سببها ، فإنها تكون قد خالفت القانون (نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٩ ص ٢٧٢) .

وانظر في هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٨ ص ٢٨٢ - ص ٢٨٣ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٣٦ ص ٥٥٦ .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٠ .

المبحث الثاني

كيفية الأخذ بالشفعة

٢٠٢ - إعمال الرغبة في الأتمتع بالشفعة وإيداع الثمن مع رفع

دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها : ومتى توافرت شروط الأخذ بالشفعة على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم ، فإن الشفيع يلزمه اتباع إجراءات رسمها القانون للأخذ بالشفعة . ويمكن تقسيم هذه الإجراءات إلى مرحلتين : (المرحلة الأولى) إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة .

(المرحلة الثانية) إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها .

المطلب الأول

إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة

٢٠٣ - نص قانوني : تنص المادة ٩٤٠ مدني على ما يأتي :

« على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري ، وإلا سقط حقه . ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها لكل من البائع والمشتري في ظرف خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ الإنذار الرسمي الذي أعلنه به البائع أو المشتري . ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك » . وفي لجنة المراجعة أضيف النص على سقوط الحق في الشفعة عند عدم إعلان الرغبة في الميعاد المقرر ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١١٠٣ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حذفت عبارة « من تاريخ علمه بالبيع أو » ، فتسرى مدة الخمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي وحده دون العلم بالبيع ، « إذ دلت التجارب على أن إثبات العلم بالبيع كواقعة مادية يثير كثيراً من الإشكالات والقضايا ، فحسباً لذلك رأت اللجنة أن تبدأ المدة من تاريخ الإنذار الرسمي وحده » ، ووافق مجلس النواب على النص بهذا التعديل تحت رقم ١٠١٠ . ويبدو أن التعديل الذي أدخله مجلس النواب بحذف مبرياء الميعاد من تاريخ العلم بالبيع قد أغفل إثباته ، فوصل النص بدون هذا التعديل إلى لجنة مجلس الشيوخ ، فأدخلت هذه اللجنة التعديل ذاته مرة أخرى على النص ، إذ رأت « حسماً للخلاف ومنعاً للإشكالات أن تقتصر على أن الميعاد يبدأ من تاريخ الإنذار الرسمي لأنه تاريخ ثابت لا يحتمل التأويل ، ولذلك تقرر حذف عبارة من تاريخ علمه بالبيع أو » ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٤٠ ، وقد أصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤١٠ - ص ٤١٧) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق م ١/١٤ وم ٢/١٩ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٤٤ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٣٨ (العبارة الأولى) - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٤٧ (٢) والحق في الشفعة يثبت إما بالتراضي أو بالتقاضي .

وهو يثبت بالتراضي متى سلم المشتري للشفيع بالشفعة عن رضاء منه ، فيحل الشفيع محل المشتري في الصفقة التي عقدها هذا الأخير مع البائع ،

(١) قانون الشفعة السابق م ١/١٤ : يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن البائع والمشتري بطلبه لها كتابة على يد محضر ، ويكون هذا الإعلان مشتملاً على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانوناً .

م ٢/١٩ : يسقط حق الشفعة في الأحوال الآتية : إذا لم يظهر الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في ظرف خمسة عشر يوماً من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسمياً بإبداء رغبته سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء على طلب المشتري . ويزاد على هذه المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة .

(وتتفق أحكام قانون الشفعة السابق مع أحكام التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أمرين : (١) كان من الواجب في قانون الشفعة السابق أن يتضمن إعلان الرغبة عرض الثمن وملحقاته ، أما في التقنين المدني الجديد فقد استغنى عن ذلك بالزام الشفيع أن يودع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة . (٢) كان ميعاد الخمسة عشر يوماً في قانون الشفعة السابق يسرى إما من وقت علم الشفيع بالبيع أو من وقت إنذاره بوقوعه ، أما في التقنين المدني الجديد فلا يبدأ سريان هذا الميعاد إلا من تاريخ الإنذار لأنه تاريخ ثابت رسمياً فلا يقع الاختلاف فيه ، وقد حذف سريان الميعاد من وقت علم الشفيع بالبيع لأن العلم بالبيع واقعة غير منضبطة التاريخ وتثير كثيراً من الإشكالات إذا أريد إثباتها) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤٤ (مطابق)

التقنين المدني العراقي : م ١١٣٨ العبارة الأولى (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني : م ٢/٢٤٧ (معدلة بقانون ه شباط سنة ١٩٤٨) : وعلى

الشفيع أن يطالب بحق الشفعة أثناء الأيام العشرة التي تلي التبليغ بعد إضافة مهلة المسافة ، تحت طائلة السقوط . (والقانون اللبناني موافق للتقنين المصري ، فيما عدا أن ميعاد إعلان الرغبة عشرة أيام في القانون اللبناني بدلا من خمسة عشر يوماً في التقنين المصري)

ويكون على الشفيع التزامات المشتري وله حقوقه على الوجه الذى سنبينه عند الكلام فى آثار الأخذ بالشفعة . ويصح التسليم بالشفعة فى أى وقت إلى يوم رفع دعوى الشفعة . ومتى حصل التسليم بالشفعة ، وجب تسجيل هذا التسليم حتى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع . وهذا يقتضى أن يكون التسليم مكتوبا ، وأن تتخذ الإجراءات المقررة فى القانون للتسجيل .

ولكن الشفعة أكثر ما تؤخذ بالتقاضى ، وقل أن يسلم المشتري للشفيع بالشفعة . ولو كان التسليم فى نيته لتردد كثيرا قبل أن يقدم على الشراء ، وذلك ما لم يكن يجهل وجود الشفيع أو كان يعلم بوجوده ولكنه يعتقد أنه لا يأخذ بالشفعة . وللتقاضى فى الشفعة إجراءات رسمها القانون ، ومواعيد محددة تجب مراعاتها .

فهناك إجراءات تسبق إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة . وهى التى نتولى هنا بيانها . وأول هذه الإجراءات هو الإجراء الذى يرمى إلى إخبار الشفيع بوقوع البيع ، ويكون ذلك بانذار رسمى يوجه إليه من المشتري أو من البائع . ويلى علم الشفيع بوقوع البيع عن طريق الإنذار الرسمى أن يبدى الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة باعلان رسمى لكل من المشتري والبائع ، وذلك فى ميعاد معين ، ثم يسجل الشفيع إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة .

فنتكلم فى المسائل الآتية : (١) الإنذار الرسمى بوقوع البيع . (٢) إبداء الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة . (٣) ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة . (٤) تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة .

٢٠٤ - الإنذار الرسمى بوقوع البيع - نص قانونى : تنص المادة

٩٤١ مدنى على ما يأتى :

« يشتمل الإنذار الرسمى المنصوص عليه فى المادة السابقة على البيانات الآتية وإلا كان باطلا » :

« (١) بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بيانا كافيا . »

« (ب) بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يعلن الإنذار الرسمى المنصوص عليه في المادة السابقة على يد محضر ، وإلا كان باطلا . ويجب أن يشتمل على ما يأتى : (أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً دقيقاً مع تعيين موقعه وحدوده ومساحته . (ب) بيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته ومحل سكنه » . وفى لجنة المراجعة عدل النص « بحذف العبارات المتضمنة تفاصيل لاحاجة لها » ، فأصبح كما يأتى : « يشمل الإنذار الرسمى المنصوص عليه في المادة السابقة البيانات الآتية ، وإلا كان باطلا : (أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً . (ب) بيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه » ، وصار رقمه ١٠١٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١١ . وفى لجنة مجلس الشيوخ أضيف إلى مشتملات الإنذار الرسمى فضلاً عن بيان الثمن « المصروفات الرسمية » « كصاريف التسجيل وما يماثلها ، أما المصاريف الأخرى كأتعاب المحاماة والسمسرة فيجوز أن تكون محل مطالبة على حدة » ، وأصبح النص تحت رقم ٩٤١ مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤١٧ - ص ٤١٩) . ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق م ٢١ : يجب أن يعلن التكليف الرسمى المنصوص عنه فى الفقرة الثانية من المادة التاسعة عشرة على يد محضر ، وأن يشتمل على البيانات الآتية ، وإلا عد لاغياً . وهذه البيانات هى : أولاً - بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً دقيقاً مع تعيين موقعه وحدوده ومقاسه . ثانياً - بيان الثمن وشروط البيع واسم ولقب وصناعة ومحل سكن كل من البائع والمشتري . (وأحكام قانون الشفعة السابق فى هذا الخصوص تنفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى : م ٩٤٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : م ١١٣٨ : على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري أو دائرة الطابو خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره بالبيع إنذاراً رسمياً من البائع أو المشتري ، وإلا سقط حقه . ويجب أن يتضمن هذا الإنذار بيان العقار المبيع بياناً واضحاً وبيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ومحل إقامته ، وإلا كان الإنذار باطلا .

(والتقنين العراقى يوافق التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى : م ١/٢٤٧ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : للمشتري بعد تسجيل العقد أن يعلم الشفعاء بالتسجيل بواسطة الكاتب العدل للمقيمين فى لبنان ، ووفقاً =

وتفتتح إجراءات الشفعة عادة بهذا الإنذار الرسمي ، والغرض منه إخطار الشفيع بوقوع البيع الذي يجوز الأخذ فيه بالشفعة وبالتمن وشروط البيع ، حتى يتدبر الشفيع أمره فإذا رأى الأخذ بالشفعة أعلن رغبته في ذلك . والإنذار يوجهه المشتري أو البائع (انظر م ٩٤٠ مدني) ، فإذا وجهه أحدهما أغنى ذلك عن أن يوجهه الآخر . ويوجه الإنذار إلى الشفيع (١) إذا كان واحداً ، فإذا تعدد الشفعاء ولو تفاوتت طبقاتهم وجب أن يوجه الإنذار إلى كل منهم ، حتى من كانت طبقته متأخرة ، لاحتمال أن يترك الشفعاء المتقدمون شفعتهم فيأخذ المتأخر بالشفعة .

ويجب أن يكون الإنذار رسمياً على يد محضر ، فالإخطار الشفوي ، بل الإخطار المكتوب (ككتاب في البريد ولو كان مسجلاً بعلم وصول) إذا لم يكن إنذاراً رسمياً على يد محضر ، لا يكفي لجعل ميعاد الخمسة عشر يوماً لإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يسرى (٢) .

ويجب أن يشتمل الإنذار على البيانات الآتية ، وإلا كان باطلاً فلا يسرى ميعاد الخمسة عشر يوماً : أولاً - بيان العقار المشفوع فيه بياناً كافياً ، ويكون ذلك بتعيين موقعه وحدوده ومساحته وبذكر أي بيان آخر من شأنه أن يكون نافياً للجهالة بالعقار (٣) . ثانياً - بيان الثمن الذي بيع به العقار ، وبيان

= للمادة ٣٦٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية للمقيمين في بلاد أجنبية ، على أن يبين في التبليغ العقار المبيع وأوصافه وتاريخ التسجيل واسم العاقدين ومحل إقامتهما والتمن وملحقاته وشروط العقد . (والقانون اللبناني يوجب على المشتري تسجيل البيع ثم إرسال تبليغ رسمي للشفيع يشتمل على بيانات مماثلة للبيانات المشار إليها في التقنين المدفوع المصري) .

(١) ويجوز أن يوجه الإنذار إلى وكيل الشفيع ، إذا كان مفوضاً في تمثيل موكله أمام المحاكم وفي أن يتسلم عنه الأوراق والأحكام (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١٤ ص ٤٠٧) .

وسواء كان الإنذار موجهاً إلى الشفيع أو إلى وكيله ، فإنه يجب أن يكون إعلان هذا الإنذار في موطن المعلن إليه أي في المكان الذي يقيم فيه عادة (م ١/٤٠ مدني) ، لافي المكان الذي يباشر فيه تجارة أو حرفة فإن هذا المكان لا يكون موطناً إلا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة (م ٤١ مدني) . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة (أنظر مايلي فقرة ٢٠٥) .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١٤ ص ٤٠٧ .

(٣) فإذا كان الشفيع شريكاً مشتركاً في العقار ، ووصف الإنذار العقار المبيع بأنه حصة شائعة في هذا العقار مقدارها كذا فدائاً بناحية كذا تتبعها ماكينه وسراى ومبان ، فهذا

المصروفات الرسمية بالإضافة إلى الثمن . ويراد بالمصروفات الرسمية الرسوم المقررة ، كرسوم توثيق البيع إذا كتب في ورقة رسمية ورسوم التسجيل إذا سجل . أما المصروفات الأخرى ، كالسمسرة وأتعاب المحاماة ، فليس من الواجب ذكرها ، فإذا لم تذكر كانت محل مطالبة على حدة بشرط أن يقيم المشتري الدليل عليها وفقاً للقواعد المقررة في الإثبات. (١) ويذكر كذلك في الإنذار اسم كل من المشتري والبائع ولقبه وصناعته وموطنه وذلك حتى يتعين تعييننا كافياً وحتى يمكن أن يعلن برغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة إذا ما رغب في ذلك (٢).

= البيان كاف مانع للجهالة . وقد قضت محكمة النقض بأن وصف العقار على هذا النحو كاف ، ومن شأنه تعريف الشفيع بالعقار المبيع تعريفاً نافياً للجهالة ، بحيث يستطيع أن يتدبر في أمر الصفقة فيأخذ بالشفعة أو يترك ، وبأن تقرير ما إذا كان بيان العقار المبيع كافياً أو غير كاف متروك لقاضي الموضوع ، فتى أقام قضاؤه على أسباب سائغة فلا معقب عليه من محكمة النقض (نقض مدني ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٠ ص ١٧٤) . وانظر أيضاً نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ٢٢٣ ص ٤٢٩ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٤ ص ١٠١١ .

(١) أنظر التعديل الذي أدخلته لجنة مجلس الشيوخ في هذا الشأن ص ٦٢٤ هامش ١ - وكان هذا التعديل الذي يقضي ببيان المصروفات الرسمية في الإنذار مفهوماً لو كان الشفيع يلتزم ، قبل رفع دعوى الشفعة ، بإيداع الثمن والمصروفات الرسمية . ولكننا سنرى (أنظر مايلي فقرة ٢١٤) أن الشفيع يلتزم بإيداع الثمن وحده دون المصروفات ، وسواء كانت المصروفات رسمية أو غير رسمية فستكون جميعها «محل مطالبة على حدة» . فليست هناك إذن فائدة واضحة من ذكر المصروفات الرسمية بين البيانات التي يتضمنها الإنذار الرسمي ، وكان يكفي ذكر الثمن فهو وحده الذي يلتزم الشفيع بإيداعه خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود بشروط البيع التي استلزم القانون بيانها في الإنذار هي شروطه الأساسية التي لا بد من علم الشفيع بها ، حتى يستطيع الموازنة بين أن يقدم على طلب الشفعة أولاً أو لا يقدم . وإذا كان شرط منح المشتري أجلاً في الوفاء ببعض الثمن لا يتوقف عليه تقدير صاحب الحق في الشفعة لموقفه من حيث الأخذ بها أو تركها ، ذلك أنه ملزم في جميع الأحوال طبقاً للمادة ٩٤٢ مدني بإيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل البيع به وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى بها ، وإلا سقط حقه في الأخذ بالشفعة ، كما أنه طبقاً للمادة ٩٤٥ مدني لا يستفيد الشفيع من الأجل الممنوح للمشتري إلا برضاء البائع ، وحتى في حالة حصول هذا الرضاء فإنه لا يترتب عليه إعفاء الشفيع من واجب إيداع كامل الثمن بما فيه المؤجل في الميعاد القانوني . ومن ثم فليس ثمة نفع يعود على الشفيع من علمه بشرط تأجيل الثمن قبل إعلان رغبته فيها ، وبالتالي فإن عدم اشتمال الإنذار الموجه من المشتري إلى الشفيع على هذا الشرط لا يترتب عليه بطلان هذا الإنذار . ولا يعتبر كذلك من شروط =

وحتى يسرى ميعاد الخمسة عشر يوما لإعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، يجب توجيه هذا الإنذار الرسمي إلى الشفيع على الوجه السابق بيانه ، ولا يغني عنه أية ورقة رسمية أخرى ولو كانت معلنة على يد محضر. فلو أن المشتري لحصة شائعة في عقار رفع على البائع دعوى بصحة التعاقد ، وأدخل في الدعوى سائر الشركاء في الشيوع ليكون الحكم في مواجهتهم فأعلنهم بعريضة الدعوى بصحة التعاقد . لم يغن إعلان هذه العريضة عن الإنذار الرسمي ، بالرغم من أن عريضة دعوى صحة التعاقد تتضمن عادة البيانات التي يتضمنها الإنذار الرسمي. (١) ومن ثم يبقى للشركاء في الشيوع حق الأخذ بالشفعة ، حتى لو انقضى خمسة عشر يوما من وقت إعلان عريضة دعوى صحة التعاقد ، ما دام المشتري أو البائع لم يوجه لهم الإنذار الرسمي على الوجه الذي تقدم ذكره . وإذا كان الشفيع يستطيع إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة في خلال خمسة عشر يوما من يوم إنذاره من المشتري أو من البائع بوقوع البيع ، فإن ذلك لا يمنع من أنه يستطيع إعلان هذه الرغبة قبل أن يصله أى إنذار رسمي . ففى علم بالبيع . جاز له أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة على الوجه الذى سنبينه (٢) ، دون حاجة إلى انتظار الإنذار . بل جاز له قبل الإنذار أن يجاوز مرحلة إعلان الرغبة إلى مرحلة إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة ، ويعتبر إعلان عريضة دعوى الشفعة إعلانا للرغبة في الأخذ بالشفعة كما سيجي (٣) .

٢٠٥ - إعلانه الشفيع رغبته في الاخذ بالشفعة - نص قانونى :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٤٢ مدنى على ما يأتى :

« إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسميا ، وإلا كان

=البيع التى توجب المادة ٩٤١ مدنى اشتمال الإنذار عليها ما ورد فى عقد البيع الصادر للمشتري من أن البائع له تلقى ملكية ما باعه بطريق الشراء من آخر بعقد ابتدائى ، كما لم يوجب القانون تضمين هذا الإنذار شروط عقد تملك البائع (نقض مدنى ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٤ ص ١٠١١) .

(١) استئناف القاهرة ١٩ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحامة ٣٢ رقم ١٥٤ ص ٦٦٩ - شبين الكوم ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥١ المحامة ٣٢ رقم ١٩٥ ص ٨٣٣ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٤ ص ٤٧٨ و ص ٤٨٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٣ ص ٤٧٠ .

(٢) عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٥١ .

(٣) أنظر مايل فقرة ٢٠٥ .

باطلا . ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل « (١) .
فتم أنذر الشفيع بوقوع البيع على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم ، فانه
يجب عليه ، إذا أراد الأخذ بالشفعة ، أن يبدى رغبته في ذلك ، وأن
يعلن هذه الرغبة إلى كل من المشتري والبائع . وقد رأينا المادة ٩٤٠ مدني (٢)
تقول : « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٠ / ١ و ٣ و ٤ من المشروع التمهيدى
على الوجه الآتى : « ١ - إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يجب أن يكون على يد محضر ، وإلا
كان باطلا . . ٢ - ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل في قلم الرهون بالمحكمة
المختلطة الكائن في دائرتها العقار . ٤ - وإذا كانت الشفعة بين مصريين ، يكتفى بحصول
ذلك التسجيل في قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار المطلوب أخذه بالشفعة .
وعلى هذه المحكمة أن تبعث بصورة منه إلى قلم الرهون بالمحكمة المختلطة الكائن في دائرتها العقار ،
لتسجيله من تلقاء نفسها . ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير من ذوى الجنسية الأجنبية الذين
يخضعون لاختصاص المحاكم المختلطة إلا من تاريخ هذا التسجيل الأخير » . وفي لجنة المراجعة
أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وحذفت العبارة الأخيرة من الفقرة الثالثة كما حذفت الفقرة
الرابعة ، وذلك مراعاة للتنسيق الخاص بأحكام التسجيل من حيث بيان جهة حصوله ، ووافقت
اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٣١/١٠١٥ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب
تحت رقم ٣١/١٠١٢ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ضمت الفقرة الثالثة إلى الفقرة الأولى وجعلنا
فقرة واحدة لاتصال حكمهما ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١/٩٤٢ . ووافق
مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٠ - ص ٤٢٥) .
ويقابل النص المادة ١٤ من قانون الشفعة السابق (المعدلة بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦
بتنظيم الشهر العقارى) : يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لها
كتابة على يد محضر ، ولأجل أن يكون هذا الإعلان حجة على الغير يجب تسجيله في مكتب
الشهر الكائن بدائرتة العقار .

(وقانون الشفعة السابق يتفق مع التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأولى : التقنين المدنى السورى : لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى : م ١/٩٤٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : م ١١٣٨ (أنظر آنفاً ص ٦٢٤ هامش ١) .

قانون الملكية العقارية اللبناني : م ٢/٢٤٧ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : وعلى
الشفيع أن يطالب بحق الشفعة . . . (والظاهر أن المقصود بالمطالبة بحق الشفعة هو رفع دعوى
الشفعة كما سيجى* : أنظر مايل ص ٦٧٠ هامش ٢ . وعلى ذلك لا يشترط في القانون اللبناني
أن يسبق رفع دعوى الشفعة ابداء الرغبة في الأخذ بها .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٣ .

والمشتري . . . » . فاعلان الرغبة يوجه من الشفيع إذا كان واحدا ، أو من كل شفيع يريد الأخذ بالشفعة إذا تعدد الشفعاء . ويجب أن يوجه إلى كل من المشتري والبائع ، فإذا وجه إلى أحدهما دون الآخر ، أو وجه إلى أحدهما في الميعاد المقرر وإلى الآخر بعد الميعاد المقرر ، كان باطلا . ومن ثم تسقط شفعة الشفيع (١) . ذلك أن كلا من المشتري والبائع خصم في دعوى الشفعة إذا أخذت بالتقاضى ، وطرف فيها إذا تمت بالتراضى . فالشفيع ، إذا ثبت له الحق في الشفعة ، يحل محل المشتري في مواجهة البائع ، فيكون له حقوق المشتري قبل البائع وعليه التزاماته نحوه ، ومن ثم كان هو طرفا في الشفعة والطرف الآخر هو كل من المشتري والبائع (٢) .

ويكون إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لكل من المشتري والبائع إعلانا رسميا على يد محضر . وإلا كان باطلا ، كما تنص على ذلك صراحة المادتان ٩٤٠ و ٩٤٢/١ مدنى سالفنا الذكر (٣) . فيوجه الشفيع الإعلان الرسمى إلى

(١) نقض مدنى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٣ ص ٢٠٠ - ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٣ ص ٥٤٦ - ٧ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٤ ص ١٢١ - ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٥ ص ٥١٦ - استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٠ ص ٢٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٧ ص ٣٩٨ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٨ ص ٤٨٣ - ويصح للشفيع أن يوجه إعلاناً واحداً لكل من البائع والمشتري ، كما يصح أن يوجه إليهما إعلانين مستقلين (استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٧ ص ٣٩٩) . وإذا كان طلب الشفعة ناقصاً وأكمل الشفيع بطلب لاحق ، فلا بد من إعلان الطلب اللاحق في الميعاد القانونى وإلا بطلت الشفعة ، لأن الطلب الذى قدم في الميعاد القانونى ناقص فلا يعتد به ، ولأن الطلب اللاحق الذى يكمل الطلب السابق أعلن بعد الميعاد القانونى فلا يعتد به أيضاً (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١٦) .

(٢) وإذا تعدد البائعون أو المشترون ، وجب إعلانهم جميعاً بطلب الشفعة في الميعاد القانونى . ومع ذلك قضت محكمة النقض بأنه إذا دفع بسقوط حق الشفيع لعدم توجيهه إنذار الرغبة إلى جميع البائعين . فأجاب الشفيع على ذلك بأنه لم يكن يعلم بصفات البائعين إلا عند تحرير صحيفة الدعوى ، ولذلك ذكر بها أسماءهم وأماكنهم على حقيقتها ، وكان المشتري لم يعترض على هذه الصحيفة بأى اعتراض ولم يوجه إليها أى طعن ولم يقدم أى دليل على عدم صحة هذه الإجابة ، فان أخذ المحكمة بها لا يكون خطأ في القانون ولا عيباً في الاستدلال (نقض مدنى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجلة التشريع والقضاء ٥ رقم ٩١ ص ١٥٧ - وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٨ ص ٤٨٣) .

(٣) وقد قضت المادة ٩٤٠ مدنى (انظر آنفاً فقرة ٢٠٣) بأن إعلان الرغبة يجب أن يوجه إلى كل من البائع والمشتري ، وإلا سقط حق الشفيع . وكانت المادة ١/١٤ من قانون الشفعة =

موطن كل من المشتري والبائع ، أى إلى المحل الذى يقيم فيه ، ولا يصح أن يوجه الإعلان إلى المحل الذى يباشر فيه عمله من تجارة أو حرفة . ذلك أن المادة ١١ مرافعات تقضى بتسليم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو فى موطنه ، وتقضى المادة ١/٤٠ مدنى بأن « الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة » . فيجب إذن إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة فى المكان الذى يقيم فيه عادة كل من المشتري والبائع . ولا يجوز إعلانه فى المكان الذى يباشر فيه المشتري أو البائع تجارته أو حرفته . فإن هذا المكان لا يعتبر موطناً له إلا « بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة » (م ٤١ مدنى) (١) .

=السابق تنص على أنه «يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن البائع والمشتري بطلبه كتابة على يد محضر» ، ولم ينص صراحة على السقوط . فذهب رأى إلى أن إغفال إعلان البائع بطلب الشفعة لا يؤدى إلى سقوطها بحجة عدم النص صراحة على السقوط (أسيوط الكلية ١٣ يونيه سنة ١٩٣٧ المحاماة ٨ رقم ١٨٨ ص ٣٦٩ - وقارن نقض مدنى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٣ ص ٢٠٠) . ومن أجل ذلك نص التقنين المدنى الجديد فى المادة ٩٤٠ منه كما رأينا صراحة على سقوط حق الشفع . وذهب رأى كذلك . فى عهد قانون الشفعة السابق ، إلى أن طلب الشفعة يجوز أن يكون بإعلان غير رسمى ولو يكتب فى البريد لنفس السبب وهو عدم النص صراحة على السقوط فى المادة ١/١٤ من قانون الشفعة السابق (استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٠٩ ص ٥١٤ - الإسكندرية الوطنية ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٩٠ ص ٥٨١ - أسيوط الكلية ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ - استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٢٧ - ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٩) ، ومن أجل ذلك نص التقنين المدنى الجديد فى المادة ١/٩٤٢ كما رأينا على بطلان الإعلان إذا لم يكن رسمياً . فحسم التقنين المدنى الجديد ، على هذا الوجه ، كل الخلافات التى كانت قائمة فى شأن هذين الأمرين (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٦ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٨) .

(١) أنظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٦ ص ٤٨٠ - ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن المحل المقصود فى المادة السادسة من قانون المرافعات (القديم) هو المركز المنسوب إلى الشخص الذى يفترض أنه عالم بما يجرى فيه مما يتعلق بنفسه وأنه موجود فيه دائماً ولوغاب عنه بعض الأحيان . والمحل بهذا المعنى ، كما يجوز أن يكون محل سكن الشخص الذى يعيش فيه ، يجوز أن يكون محل عمله الذى يقوم فيه باستيفاء ماله وإيفاء ما عليه ، وإذا كانت المادة السابعة من قانون المرافعات (القديم) قد تحدثت عن خادم المعلن إليه أو أقاربه الساكنين معه ، فإن هذا معناه أن أحكام المادة المذكورة واجبة التطبيق حين يكون الإعلان قد وجه إلى مسكن المراد إعلانه . وهو لا يعنى بحال أن الشارع لم يرد بالمحل إلا المسكن ، إذ لو كان ذلك مراد الشارع لكان سهلاً =

وإذا أعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة (١) على الوجه المتقدم الذكر ، ولم يمحض في الإجراءات التالية لذلك ، كأن لم يودع الثمن خزانة المحكمة أو لم يرفع دعوى الشفعة في الميعاد القانوني على ما سذكروه ، فإن حقه في الشفعة يسقط . وإعلانه الرغبة في الأخذ بالشفعة إرادة منفردة صادرة من جانبه ، فهي تصرف قانوني صادر من جانب واحد . وفي رأينا أن هذه الإرادة التي صدرت من جانب الشفيع هي العنصر الذي يستكمل به عناصر الأخذ بالشفعة ، وبمجرد إعلانها إلى كل من البائع والمشتري تتكامل هذه العناصر ، فيحل الشفيع محل المشتري إزاء البائع بحكم القانون (٢) . ومن ثم لا يجوز للشفيع أن يرجع في هذه الإرادة ويعدل عن طلب الشفعة بعد أن أعلن رغبته في الأخذ بها ، إلا برضاء المشتري (٣) . ولا بد من هذا الرضاء أيضا — ومن باب

= أن ينص على وجوب الإعلان في المسكن ، بدلا من أن ينص على وجوبه في المحل ، مع الفارق الواضح في مدلول اللفظين . وعلى ذلك يكون إنذار إظهار الرغبة الذي أعلن في مكتب المقاولات صحیحاً (نقض مدني ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠) — وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٧ ص ٣٩٩ هامش ٣ .

ولكن جد بعد حكم محكمة النقض أن صدر التقنين المدني الجديد يعرف الموطن بأنه «المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة» (م ٤٠ / ١ مدني) ، فأصبح الإعلان في غير هذا المكان لا يجوز ، إلا فيما يتعلق بتجارة الشخص أو حرفته فيكون الموطن عندئذ الذي يجوز إعلان الشخص فيه هو المكان الذي يباشر فيه الشخص التجارة أو الحرفة (م ٤١ مدني) .

(١) واشتمال إعلان الرغبة على رأى الشفيع في بطلان عقد البيع لصدوره وقت التفكير في الحجر على البائع أولأنه تناول أكثر مما يملك ، لا يزيل الآثار القانونية المترتبة على هذا الإعلان ، متى كان قد تضمن إبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة بصورة تكفي للتعبير عن نيته (نقض مدني ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٢٠ رقم ٨١) .

(٢) أنظر آنفاً ص ٤٥١ . أما بالنسبة إلى الغير ، فلا بد من تسجيل الحكم الصادر بثبوت الحق في الشفعة ، أو تسجيل الورقة المثبتة للتراضى على الأخذ بالشفعة ، وسيأتي تفصيل ذلك . ويلاحظ أن حلول الشفيع محل المشتري بإعلان الرغبة في الشفعة لا بد أن يكون خالياً من النزاع ، ولا يخلو من النزاع إلا بأحد أمرين : تسليم المشتري بالشفعة أو صدور حكم نهائي بها . ولكن كلا من تسليم المشتري والحكم بالشفعة لا ينشئ حق الشفيع في الحلول محل المشتري ، ولكن يكشف عنه ويجعله خالياً من النزاع على الرأى الذي نذهب إليه فيما سيجيء . والحكم بالشفعة يقتضى رفع دعوى بالشفعة وقيد الدعوى في المواعيد القانونية ، ولا تكون الدعوى مقبولة إلا إذا أودع الشفيع الثمن خزانة المحكمة قبل رفعها .

(٣) وقد يقال إن الشفيع يستطيع العدول عن الأخذ بالشفعة بعد إعلان رغبته فيها عن طريق عدم إيداع الثمن أو عدم رفع الدعوى في الميعاد القانوني . وهذا صحيح ، ولكن يبقى =

أولى - إذا رفع الشفيع دعوى الشفعة ، وأراد بعد ذلك العدول عن طلبها .
 أما رأى الذى يقول بأن الشفيع لا يتم له الأخذ بالشفعة إلا بصدور حكم
 بثبوت حقه فى ذلك أو بالتراضى عليها مع المشتري ، وسيجىء بيان ذلك ،
 فانه يذهب بحكم منطقته إلى أنه يجوز للشفيع أن يعدل عن طلب الشفعة بعد أن
 أعلن رغبته فى الأخذ بها ، وذلك ما لم يقبل المشتري طلب الشفيع ويسلم له
 بالشفعة ويخطر به هذا القبول ، فعند ذلك لا يجوز للشفيع أن يرجع فى طلبه
 لحصول تعاقد صريح بين الطرفين لا يجوز الرجوع فيه إلا بتراض جديد (١) .
 ويصح للشفيع أن يستغنى عن إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة برفع دعوى
 الشفعة رأساً على كل من البائع والمشتري . ولكن يشترط فى ذلك أن تعلن
 عريضة الدعوى إلى كل من البائع والمشتري فى خلال خمسة عشر يوماً من يوم
 الإنذار بوقوع البيع حتى تصلح العريضة لأن تكون إعلاناً بالرغبة فى الأخذ
 بالشفعة حاصلاً فى الميعاد القانونى ، كما يشترط إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل
 رفع الدعوى حتى يكون رفع الدعوى صحيحاً إذ تشترط الفقرة الثانية من
 المادة ٩٤٢ مدنى كما سنرى « أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى
 بالشفعة » (٢) . وعند ذلك محل إعلان عريضة الدعوى محل إعلان الرغبة فى
 الأخذ بالشفعة ، ويستطيع الشفيع بعد ذلك أن يمحضى فى الإجراءات (٣) .

= أنه ملزم بإرادته التى أعلنها بحيث لو سلم المشتري بالشفعة إثر إعلان رغبته الشفيع فيها ،
 خلا حق الشفيع من النزاع وتثبت شفيعته ، حتى لو عدل عن الإرادة التى أعلنها .

(١) أنظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١٧ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٧ ص ٥٠٠ - ويذهب إلى أن قيد
 الدعوى بالجدول يجوز أن يتم فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان صحيفة الدعوى ، لأن المشرع
 اشترط رفع الدعوى وقيداً فى ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة (م ٩٤٣ مدنى) ،
 وبما أن إعلان صحيفة الدعوى قد تضمن فى نفس الوقت إعلان الرغبة فيكون من حق الشفيع أن
 يتراخى فى قيد دعواه حتى يستنفذ هذا الميعاد (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٧ ص ٥٠٠) . ونرى
 صحة ما يذهب إليه فى ذلك ، على أنه يلاحظ أن تقنين المرافعات قد عدل فى هذه المسألة ،
 فأصبح قيد الدعوى يسبق إعلان صحيفة كما سنرى ، ومن ثم لا يتأتى الآن للشفيع أن يعلن صحيفة
 الدعوى قبل أن يقيد الدعوى .

(٣) استئناف مصر ١١ أبريل سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ١٦٣ ص ٥٤٦ - طنطا
 الكلية ١٦ يوليه سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٩ ص ١٩ - ١٢ مايو سنة ١٩١٧
 المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٩ ص ٨ - مصر الكلية ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٢٧ =

ولكن إذا سلم المشتري عند بدء إجراءات الدعوى بشفعة الشفيع ، فإن الشفيع هو الذى يتحمل مصروفات الدعوى إذ يتبين أنه كان فى غنى عن رفعها (١) .

٢٠٦ - ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة - نص قانونى : ويجوز

إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ولو قبل إنذار الشفيع بوقوع البيع ، فيستطيع الشفيع دون أن ينتظر هذا الإعلان ، وبمجرد علمه بوقوع البيع ، أن يبادر إلى إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من المشتري والبائع (٢) . بل يجوز للشفيع أن يجاوز مرحلة إعلان الرغبة إلى مرحلة رفع دعوى الشفعة رأساً ، بعد أن يودع الثمن خزانة المحكمة ، ويقدم إعلان عريضة الدعوى مقام إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة كما سبق القول (٣) .

ولكن إذا لم يوجد مبدأ للوقت الذى يجوز فيه للشفيع إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة غير وقت وقوع البيع ، فإنه توجد نهاية لهذا الوقت لا يستطيع الشفيع إذا جاوزها أن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة إعلاناً صحيحاً ، ومن ثم تسقط شفعته . فهو لا يستطيع أولاً أن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة ، إذا أنذره البائع أو المشتري بوقوع البيع ، إلا فى خلال خمسة عشر يوماً من هذا الإنذار . وهو لا يستطيع ثانياً أن يعلن هذه الرغبة ، إذا لم ينذره البائع أو المشتري بوقوع البيع ، إلا فى خلال أربعة أشهر من وقت تسجيل البيع . وهو لا يستطيع أخيراً إعلان هذه الرغبة ، إذا لم ينذر بالبائع ولم يسجل هذا العقد ، بعد خمس عشرة سنة من تمام عقد البيع لأن حقه فى طلب الشفعة يكون قد سقط بالتقادم . ونتناول هذه الفروض الثلاثة على التعاقب :

ص ٤٠٢ - أسيوط الكلية ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ - ١٣ يونيو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٨٨ ص ٣٦٩ - استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٥ - ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥٧ - ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٠٩ - ١٠ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٥٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٨ ص ٤٠٠ - شفيق شحاتة فقرة ٢٦٩ ص ٢٧٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٤٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٤ ص ٤٧٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٣ - وانظر آنفاً ص ٦٢٧ .
(١) طنطا الكلية ١٦ يولييه سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٩ ص ١٩ - مصر الكلية ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٢٧ ص ٤٠٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٨ .
(٢) أنظر آنفاً ص ٦٢٧ .
(٣) أنظر آنفاً ص ٦٣٢ .

أولاً - إذا أُنذر الشفيع بوقوع البيع : رأينا (١) أن المادة ٩٤٠ مدني تنص على أنه « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري ، وإلا سقط حقه . ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك » . فيجب إذن على الشفيع ، إذا أُنذره أي من البائع أو المشتري بوقوع البيع وأراد الأخذ بالشفعة ، أن يعلن رغبته إلى كل من البائع والمشتري في الأخذ بها في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ وصول الإنذار الرسمي إليه بوقوع البيع . وكانت المادة ٢/١٩ من قانون الشفعة السابق تقضي بأن يسقط حق الشفعة « إذا لم يظهر الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في ظرف خمسة عشر يوماً من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسمياً ببدء رغبته سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء على طلب المشتري . ويزاد على هذه المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة » (٢) . وكان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٤٠ من التقنين المدني الجديد موافقاً في حكمه لحكم المادة ٢/١٩ من قانون الشفعة السابق . إذ كان يقضي بأن ميعاد الخمسة عشر يوماً يسرى من وقت إنذار الشفيع بوقوع البيع أو من وقت علمه بذلك . وقد حذفت لجنة الشوئون التشريعية لمجلس النواب عبارة « من تاريخ علمه بالبيع » . فجعلت ميعاد الخمسة عشر يوماً يسرى من تاريخ الإنذار الرسمي وحده دون العلم بالبيع . « إذ دلت التجارب على أن إثبات العلم بالبيع كواقعة مادية يثير كثيراً من الإشكالات والقضايا ، فحسماً لذلك رأت اللجنة أن تبدأ المدة من تاريخ الإنذار الرسمي وحده » . وأبدت لجنة مجلس الشيوخ وجهة النظر هذه ، إذ رأت حسماً للخلاف ومنعاً للإشكالات أن تقتصر على أن الميعاد يبدأ من تاريخ الإنذار الرسمي ، لأنه تاريخ ثابت لا يحتمل التأويل » (٣) .

وعلى ذلك لا يعتد بعلم الشفيع بوقوع البيع ، كما كان يعتد به في قانون الشفعة السابق (٤) - ومهما أقام المشتري من دليل على علم الشفيع بالبيع وأثبت

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٣ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٦٢٢ هامش ١ .

(٣) أنظر آنفاً ص ٦٢١ هامش ١ .

(٤) فإذا وقع بيع يجوز الأخذ فيه بالشفعة وحصل العلم به قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، أي قبل سريان التقنين المدني الجديد وفي أثناء سريان قانون الشفعة السابق ، سرى هذا القانون

على وجه التحقيق أنه علم به في وقت معين ، فان ميعاد الخمسة عشر يوماً

= الأخير ، ووجب على الشفيع طلب الشفعة في خلال خمسة عشر يوماً من يوم إنذاره بالبيع أو من يوم علمه به . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان البيع سبب الشفعة قد انعقد في ظل قانون الشفعة القديم ، في حين أن طلب الشفعة قد بدأت إجراءاته في ظل القانون المدني الجديد ، فانه لا يعيب الحكم المطعون فيه أن يكون أحال الدعوى إلى التحقيق لإثبات تاريخ العلم بالبيع ، ذلك أن العلم بالبيع كواقعة إنما يخضع في إثباته للقانون الذي كان سارياً وقت حصوله (نقض مدني ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٧ ص ٦٥٧) . وقضت أيضاً في نفس المعنى بأنه متى كان الثابت أن عقد البيع أساس الشفعة قد انعقد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ العمل بالقانون المدني الجديد ، وحصل العلم به قبل هذا التاريخ كان قانون الشفعة القديم هو الذي يجب تطبيقه على إثبات علم الشفيع بالبيع . فيجوز للمحكمة في هذه الحالة بأن تقضى ، ولو بعد ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، بإحالة الدعوى على التحقيق ليثبت المشتري بكافة الطرق أن الشفيع علم بالبيع قبل ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وأنه لم يبد رغبته في الأخذ بالشفعة في مدى خمسة عشر يوماً من تاريخ العلم . ولا يجوز لها أن تطبق في هذا الخصوص مانعت عليه المادة ٩٤٠ من القانون المدني الجديد من أن الخمسة عشر يوماً لاتبدأ من تاريخ العلم بل من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجه إلى الشفيع من البائع أو المشتري ، لأن في هذا التطبيق إخلالاً بالقاعدة العامة وهي عدم سريان القانون على الوقائع السابقة على العمل به (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٢ ص ٥٧٨) . وانظر أيضاً نقض مدني ٤ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ١٨ ص ١١٧ - أما بالنسبة إلى سائر إجراءات الشفعة ، فقد استقر قضاء محكمة النقض على أن العبارة بالوقت الذي يقع فيه إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . فإن كان هذا الوقت سابقاً على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لقانون الشفعة السابق هو الذي يسرى على سائر الإجراءات التي تلي إعلان الرغبة ، وإن كان وقت إعلان الرغبة غير سابق على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالتقنين المدني الجديد هو الذي يسرى . انظر نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣١ ص ٨٧٦ - ٤ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ١٨ ص ١١٧ - وانظر ما يلي ص ٦٧٨ هامش ٣ .

وإذا طبق قانون الشفعة السابق فيما يتعلق بالعلم بالبيع فإن المقصود بالعلم هو العلم بإمكان عقد البيع ، أي العلم التفصيلي بالبيع وبالثمن وبالشروط الأساسية مما يمكن الشفيع من تقدير ما إذا كان يأخذ بالشفعة أولاً يأخذ بها (نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٣) . وقد قضت محكمة النقض بأن علم الشفيع بأركان البيع وحدها يوجب عليه المبادرة إلى طلب الشفعة في الميعاد الذي عينه القانون ، ولا يقبل منه في هذه الحالة إذا هو آخر الطلب عن ميعاده الاعتذار بأنه ما كان يعلم هل اقترن البيع بشروط أم لم يقترن ، لأن الأصل في التصرفات أن تكون خالية من الشروط (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمره رقم ١٢٨ ص ٢٨٢) . ويسري الميعاد من تاريخ العلم بالبيع ، لا من تاريخ العلم بالتسجيل ، =

لا يسرى من هذا الوقت . ويستطيع الشفيع أن ينتظر ولا يطلب الشفعة حتى

= لأن الحق في الشفعة ينشأ عند تمام البيع لا عند تسجيله (استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٠٢ - ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢) ، ولأن تاريخ العلم بقرار المجلس الحسبي القاضي بالموافقة على بيع أطيان القاصر إذا وقع البيع بعد صدور هذا القرار (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٣٣ ص ١١٠٧) . وتجب ملاحظة أن العلم المسقط لحق الشفعة هو العلم الواقعي لا العلم الافتراضي ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى بسقوط حق الشفيع بناء على أن إعلانه أحد البائعين برغبته في الأخذ بالشفعة وإدخاله في الدعوى كان بعد الميعاد القانوني مع علم الشفيع بأن هذا الذي أعلن بعد الميعاد كان من ضمن البائعين ، محصلاً قيام هذا العلم من كون الشركة التي يمثلها الشفيع كانت قد اشترت الأرض التي تشفع بها من هؤلاء البائعين أنفسهم ومنهم ذلك البائع ، ومن أن الشفيع عندما أعلن البائعين عدا البائع المذكور ذكر أنهم ورثة فلان وهذا البائع من هؤلاء الورثة ، وقائلاً إن تغيير شخص مدير الشركة طالبة الشفعة فيما بين البيع لها والبيع للمشروع منه لا يني سابق علمها لأن الشركة لها شخصية واحدة مستمرة ، وأن خطأها أو تقصيرها في الالتجاء إلى السجل لتعرف منه على وجه الدقة أسماء جميع البائعين يحملها تبعة السهو الذي ادعت حصوله في مسودة عقدها ونتج عنه سقوط اسم ذلك البائع الأخير ، فهذا الحكم يكون قد خالف القانون لانحرافه عن تحري العلم الواقعي الذي يحتمه القانون إلى العلم الافتراضي الذي لا يكتفي في هذا المقام (نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٤ ص ١٢١) . وانظر أيضاً أحكاماً أخرى لمحكمة النقض في مسألة العلم في مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول : نقض مدني ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ ص ٧٢٢ رقم ٩٦ (لا يكتفي إثبات علم الشفيع إذا كان تاريخ العلم غير معين بالضبط) - ٩ مارس سنة ١٩٥٠ ص ٧٢٢ رقم ٩٢ (علم الشفيع بأسماء بعض المشترين دون بعض يجعل الميعاد يسرى فيما يتعلق بالمشتريين الذين علم بهم الشفيع - وفي هذا المعنى أيضاً ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٣ ص ٧٢٢ رقم ٩٣) - ١٥ يونيو سنة ١٩٥٠ ص ٧٢٢ رقم ٩١ (استخلصت المحكمة استخلاصاً سائفاً عدم علم الشفيع بالبيع من أن الإنذار الموجه إليه بوقوع البيع خال من إسناد تاريخ علمه إلى تاريخ سابق على تاريخ الإنذار) - ٨ مايو سنة ١٩٥٢ ص ٧٢٣ رقم ٩٩ (علم زوج الشفيع وأولادهما وهم يباشرون أعمالها قرينة على علم الشفيع نفسها) - ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ ص ٧٢٢ رقم ٩٥ (تحصيل العلم من كتاب موصى عليه مرسل للشفيع متضمناً لأركان البيع وشروطه الأساسية) - ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ ص ٧٢٣ رقم ٩٨ (إثبات اطلاع الشفيع على عقد البيع يكتفي لإثبات العلم) - أما إذا كانت واقعة العلم بالبيع قد حصلت وقت سريان التقنين المدني الجديد ، فأحكام هذا التقنين هي التي تسرى ، ولا يعتد بالعلم وإنما يعتد بالإنذار الرسمي بوقوع البيع . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا كانت واقعة العلم بالبيع مدعى بحصولها في يوم ٥ من سبتمبر سنة ١٩٥١ ، فلازم ذلك معاملتها بحكم التقنين المدني الجديد النافذ اعتباراً من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . وإذا كان حق الشفيع في إعلان الرغبة في ظل هذا التقنين وطبقاً للمفهوم من نص المادة ٤٩٠ مدني منه لا يسقط إلا بمضي خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجه إليه البائع =

يصله الإنذار الرسمي بوقوع البيع ، ويبقى محتفظاً بحقه في طلب الشفعة المدة التي تفصل ما بين العلم بالبيع وتاريخ الإنذار الرسمي مهما طال . فإذا ما وصله الإنذار الرسمي بوقوع البيع ، فعند ذلك فقط يسرى ميعاد الخمسة عشر يوماً ، ويتعين عليه إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته في ذلك في خلال هذه المدة إلى كل من البائع والمشتري . وبحسب ميعاد الخمسة عشر يوماً وفقاً للقواعد المقررة في قانون المرافعات . فلا يحسب اليوم الذي يسلم فيه الشفيع الإنذار

= أو المشتري ، وكان المشتري لم يدع أنه قد وجه هو أو البائع هذا الإنذار إلى الشفيع ، فإن حقها في إعلان رغبته في الشفعة لا يسقط بالإقرار المنسوب إليها في إنذار الشفعة المقدم للشهر في ٦ من سبتمبر سنة ١٩٥١ بأنها علمت في اليوم السابق على ذلك بالبيع ، ويبدأ سريان ميعاد الرغبة في الأخذ بالشفعة من وقت الإنذار لا من وقت العلم (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ١١٧) .

ويقع عبء إثبات العلم بالبيع على المدعى عليه في دعوى الشفعة ، وله أن يثبت بجميع طرق الإثبات لأنه واقعة مادية ، ولكن لا يكفي مجرد جوار الشفيع لافتراض العلم (استئناف وطني ٢٥ مارس سنة ١٨٩٨ انقضاء ٥ ص ٢١٨ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٧ الاستقلال ٦ ص ٢٤٤ - استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٥ - ٦ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٢ - ١٤ يونيو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٢٧ - ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٤ - ٥ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٧٤ - ٣٠ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٤٤) . وواقعة العلم مسألة موضوعية يستخلصها قاضي الدعوى من أدلة وقرائن يصح أن تؤدي إليها عقلاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا دفع في دعوى الشفعة بسقوط الحق في رفعها لعدم توجيهها إلى جميع البائعين ، فطلب المدعى التأجيل لإدخال من لم توجه إليه منهم ، فأجابته المحكمة إلى طلبه ، فطلب صورة عقد البيع لمعرفة أسماء جميع البائعين ودفع رسم الصورة وسلمت الصورة في التاريخ الذي ذكرته المحكمة في حكمها إلى وكيله في دعوى الشفعة بالذات ، ولكنه تأخر في إعلان باقي البائعين أكثر من شهرين من تاريخ تسلم وكيله الصورة ، فاستخلصت المحكمة من ذلك وغيره ما ذكرته في حكمها أنه كان يعلم بأسماء البائعين الباقين من تاريخ تسلم وكيله أو بعد ذلك بزمان وجيز ، فإن استخلصها ذلك سائق وفي حدود سلطتها (نقض مدني ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٣ ص ٢٠٠) . وإذا كان لا يكفي علم وكيل الشفيع بالبيع إذا كان الشفيع شخصياً يجهله (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٢١ - ٢ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٣) ، فإنه إذا رفضت المحكمة طلب الشفعة اعتماداً على أن الشفيع نفسه ، لا وكيله فقط ، قد علم بحصول البيع وسكت عن طلب الشفعة حتى انقضت المواعيد القانونية ، وذكرت في حكمها القرائن والدلائل التي اطمأنت إليها في تكوين عقيدتها بقيام هذا العلم الشخصي ، فلا شأن لمحكمة النقض معها (نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٨ ص ١١٢٧) .

الرسمي ، وإلا كان الميعاد ناقصا . وقد نصت المادة ١/٢٠ مرافعات في هذا الصدد على أنه « إذا عين القانون للحضور أو لحصول الإجراء ميعادا مقدرا بالأيام أو بالشهور أو بالسنين ، فلا يحسب منه يوم التكليف أو التنبيه أو حدوث الأمر المعتبر في نظر القانون مجربا للميعاد . . . »^(١) ويحسب اليوم الأخير ، فيجب على الشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة بحيث يصل هذا الإعلان إلى كل من البائع والمشتري في ميعاد نهايته اليوم الخامس عشر من اليوم التالي لليوم الذي تسلم فيه الشفيع الإنذار الرسمي . وقد نصت المادة ١/٢٠ مرافعات في هذا المعنى على أن « . . . ينقضي الميعاد بانقضاء اليوم الأخير منه ، إذا كان ظرفا يجب أن يحصل فيه الإجراء . . . »^(٢) . ونصت المادة ٦ مرافعات ، في خصوص أن تكون العبرة بحصول الإعلان فعلا إلى البائع والمشتري لا بتقديمه إلى قلم المحضرين ، على أنه « إذا نص القانون على ميعاد حتمي لرفع دعوى أو طعن أو أى إجراء آخر يحصل بالإعلان ، فلا يعتبر الميعاد مرعيا إلا إذا تم إعلان الخصم خلاله »^(٣) . وقد نصت العبارة الأخيرة من المادة ٩٤٠ مدني ،

(١) وقد قضت محكمة النقض ، في عهد قانون الشفعة السابق وبالنسبة إلى سريان الميعاد من وقت العلم بالبيع ، بأن المادة ١٩ من قانون الشفعة ، إذ نصت على أن إظهار الشفيع رغبته يكون في خلال خمسة عشر يوماً « من وقت علمه بالبيع » ، لم ترد أن تجعل هذه الخمسة عشر يوماً تبتدىء من لحظة العلم بالبيع ، بل أرادت أن تجعلها تبتدىء من اليوم التالي لتاريخ العلم به (نقض مدني ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٨ ص ٨٧٤) . وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥ - وكانت محكمة استئناف مصر قد قضت على العكس من ذلك بأنه يجب حساب اليوم الذي حصل فيه العلم بالبيع داخلا في مدة الخمسة عشر يوماً المقررة قانوناً لإبداء الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة وإلا سقط حقه فيها ، بغير التفات إلى ساعة العلم (استئناف مصر ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٢٩ ص ٤٨٩) .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥ ص ٧٨٧ - وإذا أعلن واحد منهما في الميعاد وأعلن الآخر بعد فوات الميعاد ، سقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٤ ص ٤٧٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٣) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن العبرة في انتهاء الميعاد هي بحصول الإعلان فعلا إلى البائع والمشتري ، لا بتسليم ورقة الإعلان لقلم المحضرين ، لأن نص المادة ١٤ (من قانون الشفعة السابق) صريح في وجوب الإعلان ، والإعلان لا يكون بالتسليم لقلم المحضرين وإنما يكون بالطرق =

كما رأينا ، على أن « يزداد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك ». والمفروض هنا أن يكون بين موطن الشفيع وموطن البائع أو موطن المشتري مسافة يحسب لها ميعاد ، إذ المطلوب أن يعلن الشفيع كلا من البائع والمشتري في موطنه ، فاذا بعد هذا الموطن عن موطن الشفيع يحسب لهذا البعد ميعاد المسافة الذي يقرره القانون^(١) . وقد نصت المادة ٢١ مرافعات في هذا الصدد على أنه « إذا كان الميعاد معيناً في القانون للحضور أو لمباشرة إجراء فيه ، زيد عليه يوم لكل مسافة مقدارها خمسون كيلو متراً بين المكان الذي يجب الانتقال منه وبين المكان الذي يجب الانتقال إليه ، وما يزيد من الكسور على ثلاثين كيلو متراً يزداد له يوم على الميعاد ، ولا يجوز بأية حال أن يتجاوز ميعاد المسافة أربعة أيام . ويكون ميعاد المسافة خمسة عشر يوماً بالنسبة لمن يقع موطنه في مناطق الحدود^(٢) . فاذا بعد موطن المشتري عن موطن الشفيع بمقدار خمسين كيلو متراً أو ستين كيلو متراً أو سبعين كيلو متراً ، زيد ميعاد المسافة ، بالنسبة إليه ، يوماً واحداً فيصبح الميعاد ستة عشر يوماً . وإذا بعد موطن البائع عن موطن الشفيع بمقدار تسعين كيلو متراً أو مائة كيلو متر إلى مائة وثلاثين ، زيد الميعاد ، بالنسبة إليه ، يومين فيصبح سبعة عشر يوماً . وإذا بعد موطن أى من البائع أو المشتري عن موطن الشفيع بمقدار مائتي كيلو متر أو أكثر ، زيد ميعاد المسافة ، بالنسبة إليه ، أربعة أيام فيصبح الميعاد تسعة عشر يوماً . وإذا وقع اليوم الأخير

= المقررة في قانون المرافعات . يؤكد هذا النظر ما جاء في آخر الفقرة الثانية من المادة ١٩ (من قانون الشفعة السابق) من أنه « يزداد على هذه المدة (أى مدة الخمسة عشر يوماً) عند الاقتضاء ميعاد المسافة » ، مما يقطع بأن المقصود بإظهار الرغبة هو بالإعلان أى بتسليم الورقة للمعلن إليه أو في محله على حسب الأصول المرسومة في القانون . فإنه لو كان يكفي مجرد التسليم لقلم المحضرين ، لما كان هناك محل للنص على ميعاد المسافة ، ولكان الشارع بين ما يجب على الشفيع اتباعه بعد هذا التسليم إذ التسليم بذاته ليس فيه أى إعلان للخصم . وإذن فالحكم الذي يبنى قضاءه على أن العبرة في احتساب مدة إظهار الرغبة في الشفعة هي بحصول الإعلان إلى البائع والمشتري ، لا بتقديم الورقة إلى قلم المحضرين ، يكون قد أصاب في تطبيق القانون (نقض مدني ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٤ ص ٦١٦) . وانظر أيضاً نقض مدني ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٥ ص ٥١٦ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٢ ص ١٤٤ .

(١) نقض مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٣ ص ٣١٤ .

(٢) وانظر المادة ٢٢ مرافعات في تحديد مواعيد المسافة لمن يكون موطنهم في الخارج .

من ميعاد الخمسة العشر يوماً فيما إذا لم تكن هناك مواعيد مسافة ، أو وقع اليوم الأخير من الميعاد مضموماً إليه مواعيد المسافة متصلة به اتصالاً مباشراً بحيث يكون هو وإياها ميعاداً واحداً متواصل الأيام ، في يوم عطلة رسمية ، امتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعدها (١) . وقد نصت المادة ٢٣ مرافعات في هذا الصدد على أنه « إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية ، امتد إلى أول يوم عمل بعدها » . فإذا ما انتهى ميعاد الخمسة العشر يوماً ، وكانت الأيام الأربعة التالية لانتهائه أيام عطلة ، وكان الواجب ضم يومين إلى الميعاد للمسافة ، فإن هذين اليومين يتصلان بالميعاد الأصلي اتصالاً مباشراً ، وينتهيان في نهاية اليومين الأولين من أيام العطلة . ولما كان اليوم التالي لانتهائهما هو يوم عطلة أيضاً وكذلك اليوم الذي يليه ، فإنه يجب إتمام إعلان طلب الشفعة في اليوم التالي مباشرة لانتهاء أيام العطلة الأربعة (٢) .

والميعاد ، ضمت إليه مواعيد مسافة أو لم تضم ، ليس مدة تقادم prescription بل مدة سقوط déchéance ، فيسرى حتى على الغائبين ومن كان غير أهل

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تبين أن محكمة الموضوع أخطأت في احتساب الميعاد ، إذ لم تدمه لليوم الثاني للعطلة ولم تضيف إليه ميعاد المسافة ، تعين قبول هذا الدفع (نقض مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٣ ص ٣١٤) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٣ ص ٣٧٣ .

(٢) ولا يقال إن ميعاد الخمسة العشر يوماً قد انتهى ، وتلى انتهائه أيام عطلة فيتوقف سريان الميعاد ، ثم يستأنف السريان عقب انتهاء أيام العطلة لمدة يومين آخرين هما ميعاد المسافة ، فيكون للشفيع عقب انتهاء أيام العطلة يومان لا يوم واحد . لا يقال ذلك ، فإن سريان الميعاد لا يتوقف في أيام العطلة بل يستمر ، فينقضي في أثنائها اليومان المعطيان للمسافة ، ويصادف انقضاؤهما يوم عطلة ، فيمتد الميعاد إلى اليوم التالي لانتهاء أيام العطلة ، ولا يمتد إلى أكثر من ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأن ميعاد المسافة بحسب المادة ١٧ مرافعات (قديم) إنما هو زيادة على أصل الميعاد ، وكونه زيادة على الأصل يفيد بداهة أنه يتصل به مباشرة بحيث يكون هو وإياه ميعاداً واحداً متواصل الأيام . فإذا كان الميعاد ينتهي آخره وسط أيام عطلة تستمر من بعده ، وكان لصاحب الشأن ميعاد مسافة ، فإنه يأخذ هذا الميعاد متلاحقاً متصلاً مباشرة بأيام أصل الميعاد . وإن مبدأ القانون في شأن المواعيد أن العطلة غير موفقة لسريانها ، بل إنها تسرى في أثنائها . وكل ما أجازته بحسب مفهوم المادة ١٨ مرافعات (قديم) أن الميعاد إذا وقع آخره يوم عطلة ، فإنه يمتد لليوم التالي . فإن كانت الأيام التالية هي أيضاً أيام عطلة ، امتد الميعاد لأول يوم عمل بعد هذه العطلة (نقض مدني ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٨ ص ٨٧٤) .

للتصرف ، ولا يقبل الانقطاع (interruption) ولا الوقف (suspension) (١) ثانياً - إذا لم ينذر الشفيع بوقوع البيع أو كان الإنذار باطلاً ، ولكن المشتري سجل عقد البيع : تنص المادة ٩٤٨ (ب) مدني على ما يأتي : « يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية : . . . (ب) إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع . . . » (٢) . ويخلص من هذا النص أن الشفيع ، إذا

(١) استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٤ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤١١ ص ٤٠٤ - ص ٤٠٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٧ (ب) من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « . . . لا يجوز الأخذ بالشفعة في الحالتين الآتيتين : . . . (ب) إذا انقضت ثلاثة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع . ويسرى هذا الميعاد حتى في حق ناقصي الأهلية والغائبين » . وفي لجنة المراجعة حذف سريان مدة ثلاثة الأشهر في حق ناقصي الأهلية والغائبين اكتفاء بالقواعد العامة ، وأضيفت حالة جديدة تتضمن سقوط الحق في الأخذ بالشفعة إذا انقضت سنة كاملة عن وقت وضع يد المشتري على العقار المبيع ، وأصبح النص رقمه ١٠٢٢ (ب) و (ح) في المشروع النهائي . « ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠١٩ (ب) و (ح) . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت بعبارة « ثلاثة أشهر » في البند (ب) عبارة « أربعة أشهر » توخياً للتيسير ، وحذف البند (ح) المتعلق بسقوط حق الشفعة بانقضاء سنة من وقت وضع يد المشتري على العقار ، خشية أن يكون الحكم الوارد فيه محل إشكالات في المستقبل ، ولأن فائدته العملية تتضاءل كل انتضاؤل إزاء نص البند (ب) ، ولأن هذا الحكم قد يؤدي إلى التلاعب بقصد إضاعة حق الشفيع . وأصبح رقم النص ٩٤٨ (ب) . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٢ - ص ٤٤٦) .

ويقابل النص المادة ٢٢ من قانون الشفعة السابق : يسقط الحق في الشفعة في سائر الأحوال بعد مضي ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ، وذلك بالنسبة لكافة الشفعاء ولو كان الشفيع غير أهل للتصرف أو غائباً . (والمدة في قانون الشفعة السابق ستة أشهر ، وقد انقضت في التقنين المدني الجديد إلى أربعة أشهر) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٥٢ (ب) : يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية : . . . (ب) إذا انقضت سنة من يوم قيد عقد البيع ، سواء كان الشفيع حاضراً أو غائباً . (والمدة في التقنين الليبي سنة بدلا من أربعة أشهر في التقنين المصري) .

التقنين المدني العراقي م ١١٣٤ (و) : لا تسمع دعوى الشفعة . . . (و) إذا انقضت ستة أشهر من يوم تمام البيع ، ويسرى هذا الميعاد حتى في حق المحجورين والغائبين . (والمدة في التقنين العراقي ستة أشهر من يوم تمام البيع ، ولكن البيع في التقنين العراقي يتم في دائرة الطابو ، في حين أن المدة في التقنين المصري هي أربعة أشهر) .

لم يحصل علمه بوقوع البيع عن طريق الإنذار الرسمي السابق ذكره ، فالقانون يفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس أنه علم بالبيع إذا سجله المشتري ، إذ أن مهمة التسجيل هي شهر البيع . ولكن لما كان علم الشفيع بوقوع البيع ليس إلا علماً افتراضياً ، فقد أطال القانون المدة التي يتعين في خلالها أن يطلب الشفيع الشفعة ، فجعلها أربعة أشهر من وقت التسجيل^(١) ، وقد كانت ستة أشهر في قانون الشفعة السابق ، وأنقصت في المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٤٨ (ب) إلى ثلاثة أشهر^(٢) ، ثم رقت إلى أربعة أشهر في لجنة مجلس الشيوخ ، واستقرت على ذلك في التقنين المدنى الجديد^(٣) . وقد يقال إن إسقاط حق الشفيع إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع دون أن يستعمل الشفيع هذا الحق يجعل من اليسير على المشتري إضاعة حق الشفيع ، فما عليه إلا أن يبادر إلى تسجيل البيع ، وينتظر أربعة أشهر يحتمل كثيراً في أثناءها أن يبقى الشفيع جاهلاً بوقوع البيع ، فينقضى الميعاد دون أن يطلب الشفيع الشفعة ، فيسقط حقه فيها . ولكن يمكن الرد على هذا الاعتراض بأن المشتري قد لا يعلم على وجه محقق من هم الشفعاء حتى ينذرهم بوقوع البيع ، ولا يدرى كذلك ما إذا كان حقهم في الأخذ بالشفعة حقاً ثابتاً لا يتطرق إليه الشك . وبقاؤه كذلك في حال من القلق وعدم الاطمئنان لا يجوز أن يدوم وقتاً طويلاً . فتوخياً لاستقرار التعامل ، ولأن الشفعة حق استثنائى من شأنه أن يخل بحق

= قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٤٨ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : إذا لم يحصل التبليغ المبين في المادة السابقة (تبليغ الشفيع بوقوع البيع) ، يسقط حق الشفعة بعد مضي سنة من تاريخ تسجيل العقد في السجل العقارى ، وتسرى هذه المدة بحق فاقدى الأهلية والغائبين . وإن المدة المذكورة في هذه المادة وفي المادة السابقة لا تنقطع إلا بإقامة الدعوى بطلب الشفعة أمام محكمة محل وجود العقار الصالحة بحسب الثمن المذكور في العقد . (والقانون اللبنانى يجعل المدة سنة بدلاً من أربعة أشهر في التقنين المصرى) .

(١) بدلاً من خمسة عشر يوماً من وقت الإنذار الرسمي حيث يكون علم الشفيع بوقوع البيع علماً يقينياً لا علماً افتراضياً .

(٢) وكانت لجنة الأستاذ كامل صدق هي التي أنقصت المدة إلى ثلاثة أشهر ، إذ استطلع رئيس اللجنة رأى الأعضاء فيما إذا كانوا يقرون اقتراحه بتخفيض مدة ستة الأشهر إلى ثلاثة فقط ، وذلك لكي لا يظل مركز المشتري قلقاً أمداً طويلاً . فوافقت اللجنة على اقتراح الرئيس (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٣ في الهامش) .

(٣) أنظر آنفاً ص ٦٤١ هامش ٢ .

المالك في التصرف في ملكه لمن يريد ، جعل المشرع سيلا ميسرا للمشتري يطمئن معه إلى سقوط حق الشفعة وإلى أن الصفقة التي عقدها قد خلصت له على وجه حاسم . وسيله إلى ذلك أن يسجل عقد البيع ، فاذا انقضت أربعة أشهر من يوم التسجيل دون أن يطلب أحد الشفعة ، اطمأن المشتري إلى صفقته ، وأيقن أن العقار الذي اشتراه أصبح بمنجاة من أن يأخذه أى شفيع بالشفعة . هذا إلى أن الشفيع يكون عادة جاراً للبائع أو شريكاً له ، فاذا باع هذا عقاره فالغالب أن يشعر الشفيع بذلك ، فاذا أراد التثبت من وقوع البيع فما عليه إلا أن يكشف عن العقار في سجلات الشهر العقاري فيجد البيع مسجلاً فيها ، وله أربعة أشهر من يوم التسجيل يستطيع في خلالها أن يطلب الشفعة .

وميعاد الأربعة الأشهر ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم ، فلا ينقطع ولا يقف ويسرى في حق الغائبين وغير كامل الأهلية (١) . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٩٤٨ (ب) مدنى يشتمل على نص صريح في هذا المعنى ، فحذف في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة (٢) . ويسرى الميعاد من اليوم التالى مباشرة لليوم الذى حصل فيه التسجيل (٣) حتى لا يكون ناقصاً ، وتحسب الشهور

(١) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١١٦ - ٩ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٣٦ - وإذا طالب الشفيع المشتري باستحقاقه للأرض المبيعة لسبب آخر غير الشفعة ورفع عليه دعوى الاستحقاق ، فإن مواعيد الشفعة تبقى معلقة في أثناء دعوى الاستحقاق ، حتى إذا بت في هذه الدعوى لصالح المشتري ، عادت مواعيد الشفعة إلى السريان (استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٨ - ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣١١) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٤٦ ص ٥٢٥ هامش ٣ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٥٤ ص ٥٨١ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٦٤١ هامش ٢ .

(٣) ولا يسرى الميعاد من يوم تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد المرفوعة من المشتري على البائع في شأن البيع المشفوع فيه . وقد قضت محكمة النقض بأن ميعاد سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة المنوّه عنه في المادة ٢٢ من قانون الشفعة (القديم) يبدأ من يوم الحكم بصحة عقد البيع ، لامن يوم تسجيل صحيفة الدعوى (نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٢٤) . وقضت بأنه إذ كانت المادة ٢٢ من قانون الشفعة صريحة في النص على سقوط الحق في الشفعة بعد مضي ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ، وإذا كان النص على سقوط حق إذا لم يستعمل في مدة معينة يجب التزام حدوده ، فإن الحق في الشفعة لا يسقط بمضى ستة أشهر على تاريخ صحيفة الدعوى المرفوعة بشأن عقد شراء الأطلان المشفوع فيها ، سواء أكانت هذه الدعوى صحة تعاقد أم صحة توقيع (نقض مدنى ١٣ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٠٩ ص ٤٢٥) . وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٣٣ .

الأربعة بالتقويم الميلادى إذ لا يوجد نص على خلاف ذلك (م ٣ مدنى وم ٣/٢٠ مرافعات) (١). فاذا تم التسجيل مثلاً فى اليوم الأخير من شهر أكتوبر سنة ١٩٦٧ (٣١ أكتوبر سنة ١٩٦٧) ، وجب على الشفيع أن يطلب الشفعة فى ميعاد غايته اليوم الأخير من شهر فبراير سنة ١٩٦٨ (٢٩ فبراير سنة ١٩٦٨) ، أى أن طلب الشفعة يتم إعلانه لكل من البائع والمشتري فى هذا الميعاد. وإذا كان اليوم الأخير لطلب الشفعة يوم عطلة ، امتد الميعاد إلى أول يوم من أيام العمل يلى انتهاء العطلة ، وكل ذلك على التفصيل الذى قدمناه فى ميعاد الخمسة العشر يوماً من يوم إنذار الشفيع بوقوع البيع . فاذا لم يطلب الشفيع الشفعة فى الميعاد على الوجه المتقدم الذكر ، كان للمشتري أن يتمسك بسقوط الحق فى الشفعة (٢) وليس عليه إلا أن يثبت أن البيع قد سجل وأنه قد مضى على تسجيله أربعة أشهر من غير أن يستعمل الشفيع حقه (٣) . فليس عليه أن يثبت أن الشفيع

(١) وقد جرت الأحكام ، فى عهد قانون الشفعة السابق ، على حساب ميعاد الستة الأشهر بحسب التقويم الهجرى . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا سجل عقد البيع فى ٢ من ربيع الأول ، فإن دعوى الشفعة المرفوعة فى ٣ من رمضان تكون جائزة (استئناف مصر ٨ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٢٢ ص ٨٧٠) . وانظر استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٢٣ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ١٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٤٥ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٥٤ ص ٥٨٢ .

(٢) وللمحكمة أيضاً أن تقضى بسقوط الحق فى الشفعة من تلقاء نفسها . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن الشرط المترتب على انقضاء ستة أشهر (الآن أربعة أشهر) من تاريخ التسجيل مبنى على علم افتراضى اشتقه الشارع من التسجيل وفرضه على كافة الشفعاء ، فللمحكمة أن تضيف هذا السبب الافتراضى حتى لو سكت صاحب الشأن عن إبدائه إذا كانت الأوراق ناطقة بوجوده . وليس على المحكمة فى هذه الحالة إلا أن تنبه الخصوم إلى ما استظهرته من الأوراق ليستبينوا موقفهم ويستوفوا دفاعهم (نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ١٠٧ ص ٣٨١) . وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٥٤ ص ٥٨١ .

ويمكن القول بوجه عام إن سقوط الشفعة بسبب انقضاء مواعيدها (١٥ يوماً من يوم الإنذار الرسمى و ٤ شهور من وقت تسجيل البيع و ٣٠ يوماً لإيداع الثمن خزانة المحكمة ولرفع دعوى الشفعة) هو من النظام العام . فللمحكمة أن تقضى بسقوط الشفعة من تلقاء نفسها ، وفى أية حالة كانت عليها الدعوى ، وحتى لو تنازل صاحب الحق صراحة عن التمسك بالسقوط . أنظر فى هذا المعنى أسيوط الكلية ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٥٨٧ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٥٢ .

(٣) والشفيع هو الذى يثبت أنه استعمل حقه فى طلب الشفعة . فاذا استعمل حقه فى خلال أربعة أشهر ، ولكنه أخطأ فى بعض البيانات خطأ لم يكن من شأنه أن يوقع المشتري فى أى =

قد علم بالبيع ، إذ القانون يفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس كما قدمنا أن الشفيع قد علم بالبيع ما دام أنه قد سجل^(١) .

هذا وقد كان المشروع النهائي للمادة ٩٤٨ (ب) مدني يشتمل على حالة أخرى لسقوط حق الشفعة أضافتها لجنة المراجعة ، وهي انقضاء سنة كاملة من وقت وضع يد المشتري على العقار دون أن يطلب الشفيع الشفعة ، علم بوقوع البيع أو لم يعلم . ولكن هذه الحالة قد حذفت في لجنة مجلس الشيوخ ، لأنها قد تؤدي إلى إشكالات في العمل في إثبات وضع اليد مماثلة للإشكالات التي كان إثبات العلم بالبيع يثيرها في عهد قانون الشفعة السابق ، ولأن سقوط حق الشفعة

= لبس ، فإن تصحيح هذا الخطأ فيما بعد لا يعد طلباً جديداً . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا رفع الشفيع دعواه بطلب الشفعة في الأطنان المبيعة ، ثم تبين أنه أخطأ في البيانات التي أوردها في صحيفة الدعوى عن حدود هذه الأطنان ورقم القطعة من الخوض الواقعة فيه ، فعدل طلباته بما يتفق والبيانات الصحيحة ، وكان دفاع المشتري يفيد أنه قد اعتبر الدعوى مرفوعة من بادئ الأمر بطلب الشفعة في هذه الأطنان فلم يلتبس عليه الأمر بالرغم مما لا لبس في البيانات التي أوردها الشفيع في صحيفة الدعوى من أخطاء لم تؤثر على ما تلاقى عنده قصد الشفيع من دعواه وفهم المشتري لها ، فإن الحكم يكون مميماً إذا قضى بسقوط حق الشفيع في الشفعة تأسيساً على أن تعديل الطلبات في هذه الحالة يعتبر رفعاً للدعوى بطلبات جديدة تخالف الطلبات الواردة في صحيفة افتتاح الدعوى وأن هذا التعديل جاء بعد مضي أكثر من أربعة أشهر من تاريخ عقد تسجيل البيع (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٩٧٩) .

(١) نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٤ ص ١٢١ - وإذا اتفق البائع والمشتري على تجزئة الصفقة ، فيشتري هو جزءاً من الأرض ويشتري صهره الجزء الآخر بحيث تتوافر في أي من الجزأين مسوغات الأخذ بالشفعة ، فإن الصفقة تعتبر صفقة واحدة ، ولا محل للتمسك بانقضاء ستة أشهر (الآن أربعة) على تسجيل عقد الجزء الأول من هذه الصفقة ، إذ لا يجوز هذا التمسك مع ثبوت التحايل عن طريق تجزئة الصفقة (استئناف مصر ٧ يونيو سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٨٥ ص ١٥٢) . وقد أقرت محكمة النقض هذا الحكم ، وقضت بأنه وإن كانت المادة ٢٢ من قانون الشفعة تنص على سقوط حق الشفعة « في سائر الأحوال بعد مضي ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع . . . » ، فإن محل ذلك ألا يكون هناك تحيل بقصد الهروب من أحكام القانون وبأن استخلاص المحكمة من ظروف الدعوى ووقائعها أن المشتري قد أراد بتجزئة الصفقة التي اشتراها التحيل لمنع من له أن يشفع فيها من أخذها بالشفعة هو من أمور الموضوع التي يفصل فيها قاضي الدعوى دون معقب عليه (نقض مدني ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٤ ص ٦٨٩) . أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٤٤ ص ٥٢٤ هامش ٢ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٥٥ .

بانقضاء أربعة أشهر على تسجيل البيع يغنى عن هذه الحالة الجديدة ، ولأن هذا الحكم قد يؤدي إلى التلاعب بقصد إضاعة حق الشفيع (١) .

ثالثاً - سقوط دعوى الشفعة بالتقادم المسقط بانقضاء خمس عشرة سنة : ونفرض الآن فرضاً ينذر وقوعه ، هو أن المشتري لم ينذر الشفيع بوقوع البيع ، ولم يسجل في الوقت ذاته عقد البيع ، وعلى ذلك لا تسقط الشفعة بانقضاء خمسة عشر يوماً من يوم الإنذار بوقوع البيع لأن هذا الإنذار لم يصدر ، ولا بانقضاء أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع لأن هذا العقد لم يسجل . وقد قدمنا أن التقنين المدني الجديد لا يسقط الشفعة بانقضاء مدة معينة من وقت علم الشفيع بالبيع كما كان يسقطها قانون الشفعة السابق ، فإذا علم الشفيع بوقوع البيع من غير طريق الإنذار الرسمي فإنه يبقى محتفظاً بحقه في طلب الشفعة . ويبقى محتفظاً بهذا الحق ، ما لم يصدر منه ما يفيد نزوله عنه ولو ضمناً ، وقد يؤول طول سكوته عن استعمال الحق مع علمه بوقوع البيع مقترناً بظروف أخرى بأنه نزول ضمن عن الحق . فإذا لم يستخلص هذا النزول الضمني من الظروف والوقائع ، فلا مناص من القول بأن الشفيع يبقى محتفظاً بالحق في طاب الشفعة ، وله أن يعلن هذا الطلب إلى كل من البائع والمشتري ، وأن يرفع بعد ذلك دعوى الشفعة بعد أن يودع الثمن خزانة المحكمة . ويبقى هذا الوضع قائماً إلى أن تنقضي خمس عشرة سنة من وقت تمام البيع المشفوع فيه ، وعندئذ يسقط حق الشفيع في رفع دعوى الشفعة بالتقادم المسقط ، شأن دعوى الشفعة في ذلك شأن سائر الدعاوى التي تسقط بخمس عشرة سنة . وليس في هذا إلاتطبيق للقواعد العامة في شأن التقادم المسقط (٢) .

٢٠٧ - تسجيل إعلانه الرغبة في الإقراض بالشفعة : رأينا (٣) أن الفقرة :

الأولى من المادة ٩٤٢ مدني تنص على أن « إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسمياً ، وإلا كان باطلاً . ولا يكون هذا إلا إعلان حجة على الغير

(١) أنظر آنفاً ص ٦٤١ هامش ٢ .

(٢) أنظر في هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٥٠ - إسماعيل غانم ص ٨٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٤ ص ٤٧٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٤ - حسن كيرة ص ١٦ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٥ .

إلا إذا سجل « . ويخلص من هذا النص أن تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ليس إجراء ضروريا من إجراءات الشفعة ، وإنما هو طريق لجعل هذا الإعلان حجة على الغير . فيستطيع الشفيع بعد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ألا يسجل هذا الإعلان ، ويمضى في إجراءات الشفعة التالية فيودع الثمن خزنة المحكمة ويرفع دعوى الشفعة ويستصدر حكما بثبوت حقه في الشفعة ، ولا يمنعه من ذلك أن إعلان طلب الشفعة لم يسجل . ولكنه في هذه الحالة يعرض نفسه لخطر تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه ، ويصبح هذا التصرف نافذا في حق الشفيع ما دام قد صدر قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة ، حتى لو صدر بعد ذلك حكم يقضى بثبوت حق الشفعة للشفيع . فيجدر إذن بالشفيع ، إذا أعلن رغبته في الأخذ بالشفعة لكل من البائع والمشتري ، أن يبادر إلى تسجيل هذا الإعلان في مكتب الشهر العقاري الكائن بدائرته العقار المشفوع فيه ، وبذلك يأمن من تصرفات المشتري التي تصدر بعد هذا التسجيل ، إذ تصبح غير نافذة في حقه . وقد نصت المادة ٩٤٧ مدني في هذا المعنى على أنه « لا يسرى في حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أتخذ ضد المشتري ولا أى بيع صدر من المشتري ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده ، إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة . ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار » . وسيجىء تفصيل ذلك عند الكلام في آثار الأخذ بالشفعة .

وليس هناك ميعاد لتسجيل إعلان طلب الشفعة ، فيصح أن يتم التسجيل في أى وقت ، حتى بعد رفع دعوى الشفعة . ولكن إذا تأخر الشفيع في تسجيل الإعلان ، فانه يعرض نفسه كما قدمنا لخطر أن يصدر من المشتري تصرف في العقار المشفوع فيه قبل تسجيل الإعلان فيصبح هذا التصرف نافذا في حق الشفيع ٥

وهناك أمر آخر يجعل لتسجيل إعلان طلب الشفعة أثرا له أهميته . فقد قدمنا (١) أن المشتري إذا باع العقار المشفوع فيه لمشتري ثان قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة ، فان هذا البيع الثانى يكون نافذا في حق الشفيع ، وينسخ البيع

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٧٢ .

الأول من ناحية الأخذ بالشفعة . ويتعين على الشفيع عندئذ أن يطلب الشفعة في البيع الثاني في مواعيده وبشروطه (م ٩٣٨ مدني) ، وتبطل الإجراءات التي يكون الشفيع قد باشرها للأخذ بالشفعة في البيع الأول . ومن ثم يكون من مصلحة الشفيع أن يبادر إلى تسجيل إعلان طلب الشفعة ، حتى يحدد بهذا التسجيل البيع المشفوع فيه ، فيمضي في الإجراءات بالنسبة إلى هذا البيع وهو آمن من تعاقب البيوع وما يستتبع هذا التعاقب من نسخ البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة وما يترتب على ذلك من بطلان الإجراءات التي يكون قد اتخذها في شأن هذا البيع . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه إذا باع العين مشترىها بعد تقديم طلب الشفعة وتسجيله ، فإن دعوى الشفعة تقام على المشتري الأول بالشروط التي اشترى بها (١) .

المطلب الثاني

إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها

٢٠٨ - المرحلة الثانية من إجراءات الشفعة تشمل على خطوتين :

بعد أن فرغنا من المرحلة الأولى من إجراءات الشفعة وهي مرحلة إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، ننتقل إلى المرحلة الثانية من هذه الإجراءات . وهذه المرحلة الثانية تشمل على خطوتين : (١) إيداع الثمن خزانة المحكمة . (٢) رفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها .

§ ١ - إيداع الثمن خزانة المحكمة

٢٠٩ - نص قانوني : تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ مدني على

ما يأتي :

« وخلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان (إعلان طلب الشفعة) ، يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى

(١) نقض مدني ٦ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٤ ص ٨٦٤ - وانظر

محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١٨ - فقرة ٤١٩ - محمد علي هرفه ، فقرة ٢٩١ .

بالشفعة . فان لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم ، سقط حق الأخذ بالشفعة « (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢/١٣٩٠ من المشروع التمهيدي على الوجه

الآتي : « وفي ظرف خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ ذلك الإعلان ، وفي أي حال قبل رفع الدعوى بالشفعة ، يجب أن يودع بخزينة المحكمة الكائن في دائرتها العقار مبلغ يساوي على الأقل ثلث الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع » . وفي لجنة المراجعة عدل النص بجعل المبلغ الواجب إيداعه هو كل الثمن الحقيقي لا ثلثه فقط ، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد فيما عدا أن ميعاد الإيداع بقى خمسة عشر يوماً ، ووافقت عليه اللجنة بهذا التعديل تحت رقم ٢/١٠١٥ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤن التشريعية لمجلس النواب ، صرف النظر عن إيداع الثمن « اكتفاء بعرضه عند إعلان عريضة دعوى الشفعة ، وهذا العرض كاف لضمان جدية الدعوى ، وهو لا يعطل في الوقت ذاته استغلال المال فيما إذا وجب إيداع الثمن » . وعلى ذلك حذف هذا النص واستبدل به نص أضيف إلى المادة التالية يجرى على الوجه الآتي : « ويجب أن تكون عريضة الدعوى مصحوبة بالثمن الحقيقي الذي حصل به البيع مخصوصاً منه قيمة ما قد يكون العقار المشفوع فيه مثقلاً به من حقوق عينية » . « وقد رأت اللجنة إدخال هذا التعديل لتوجب عرض الثمن عرضاً حقيقياً لضمان جدية الدعوى ، ولا يعقب هذا العرض إيداع حتى لا يتعطل المال عن الاستغلال - فالمشتري وشأنه ، إذا شاء قبض الثمن ، وإلا عاد المال إلى الشفيع بعد هذا العرض الحقيقي . وقد رأت اللجنة أن يكون هذا العرض عند إعلان عريضة الدعوى لا عند إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، حتى يتسع الوقت للشفيع في تدبير الثمن وفي الكشف عن العقار المشفوع فيه لمعرفة ما إذا كانت هناك حقوق عينية تثقله فتخصم من الثمن الذي يدفعه الشفيع » . ووافق مجلس النواب على هذا التعديل . وعرض النص على لجنة مجلس الشيوخ ، وقد ورد في محضرها ما يأتي : « ولما كان مجلس النواب قد حذف من هذه المادة فقرة كان رقمها ٢ وكانت تتضمن حكماً خاصاً بإيداع الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ووقت الإيداع والجزاء على مخالفته ، ولما كان المجلس أيضاً قد ضمن الفقرة الأولى من المادة ١٠١٣ ذلك الحكم وعدله من إيداع إلى عرض حقيقي للثمن الذي بيع به العقار المشفوع فيه ، فإن اللجنة ، أثناء المناقشة في المادة ١٠١٣ وفي العرض الحقيقي للثمن ومداه وهل العرض يكون للثمن المذكور في العقد أو الثمن الذي يعتقد الشفيع أنه الحقيقي وما يترتب على عرض الشفيع للثمن الحقيقي وإيداع الفرق بينه وبين الثمن المذكور في العقد ، رأت بعد أن عرضت عليها جملة اقتراحات ظهر بعد تحليلها أنه يرد عليها اعتراضات أن أسلم وسيلة هو إيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، لأن الإيداع يحفظ حقوق الدائنين المسجلين وحق البائع في باقي الثمن إذا لم يكن قد دفع له . وقد ترتب على ذلك إعادة الفقرة ٢ التي حذفها مجلس النواب إلى المادة ١٠١٢ » . ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل . ثم تقدم إلى اللجنة اقتراح من بعض مستشاري محكمة النقض يرمي إلى الاكتفاء بعرض الثمن دون الإيداع ، وإلى أنه إذا روي ضرورة إيداع الثمن فيكون الحكم بسقوط الشفعة في حالة عدم الإيداع جوازياً للقاضي . فلم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح « لأنها اتجهت إلى تقييد الشفعة للتوفيق بين رأي القائلين بإلغاء هذا النظام ورأي القائلين بإبقائه ، واشترط إيداع الثمن مظهر من =

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادة ١/١٤ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل — وفي التقنين المدني الليبي م ٢/٩٤٦ — وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٠ — وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٤٩ (٢) .

ويخلص من هذا النص أنه يجب على الشفيع إيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه ، وذلك في

= مظاهر التقيد . ثم إن جعل الحكم بسقوط الحق في الشفعة جوازيًا للقاضي عند عدم الإيداع لا يستجيب لما ينبغي في المعاملات من استقرار . على أن اللجنة رأت أن مدة الخمسة عشر يوماً التي يجب أن يتم فيها الإيداع قصيرة ، فجعلتها ثلاثين يوماً توخياً للتيسير . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ٢/٩٤٢ . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٠ — ص ٤٢٥ و ص ٤٢٨) .

(١) قانون الشفعة السابق م ١/١٤ : يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه لها كتابة على يد محضر ، ويكون هذا الإعلان مشتملاً على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانوناً . (وقانون الشفعة السابق كان يكتفى بعرض الثمن وملحقاته ، دون إلزام الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : لا مقابل .

التقنين المدني الليبي : م ٢/٩٤٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ١١٤٠ : على الشفيع عند رفعه الدعوى بالشفعة أن يودع صندوق المحكمة التي يوجد لعقار المشفوع في دائرتها مبلغاً يساوي نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع . فإن لم يتم الإيداع ، سقطت شفيعته . (والتقنين العراقي يوجب إيداع نصف الثمن ، لا كل الثمن كما يوجب ذلك التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٤٩ (عدلت بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : لا يمكن استعمال حق الشفعة إلا بشرط أن يقوم صاحبه بتعويض المشتري تعويضاً تاماً . وهذا التعويض يشمل : ١ — ثمن المبيع الذي يجب عرضه وإيداعه فعلياً يوم تقديم طلب الشفعة على الأكثر ، إلا إذا كان العقد المسجل ينص على تأجيل الدفع . ٢ — نفقات العقد ، التي تشمل رسوم التسجيل الرسمية وبديل السمسرة على ألا يزيد هذا البديل على البديل المعين بالتعريف القانونية . ٣ — بدل التحسين الطارئ على العقار بفعل المشتري ، دون الالتفات إلى التحسين الاقتصادي الناتج عن تقلب الأسعار . (والقانون اللبناني يوجب إيداع الثمن يوم تقديم طلب الشفعة ، مالم يكن الثمن مؤجلاً فلا يجب الإيداع . ولكن الشفيع لا يستفيد من الأجل فيما بعد إلا إذا رأت المحكمة ذلك لقاء الضمانات التي تراها لازمة : أنظر م ٢/٢٥٣ من نفس القانون) .

خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان طلب الشفعة وقبل رفع دعوى الشفعة .
وهذا الإيداع على الوجه المتقدم الذكر ضرورى ، فان لم يقم به الشفيع سقط
حقه فى الأخذ بالشفعة .

ومسألة إيداع الثمن مرت بتطورات تشريعية متعاقبة ، حتى استقرت فى
التقنين المدنى الجديد على الوجه السابق بيانه . وكذلك الأمر فيما يتعلق بوقت
الإيداع . ثم إن الذى يجب إيداعه هو كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع
كما تقدم القول ، حتى لو كان الثمن مؤجلا فيما بين البائع والمشتري أو كان
المشتري لم يدفع للبائع إلا جزءا منه فقط . أما ملحقات الثمن ، وأما المصروفات
الضرورية والنافعة التى انفقها المشتري ، فلا يجب على الشفيع إيداعها . وجزاء
مخالفة الشفيع لالتزامه بإيداع الثمن على هذا الوجه هو ، كما قدمنا ، سقوط
شفعته .

فعلينا إذن أن نبحث ، فى صدد إيداع الثمن ، المسائل الآتية : (١) تطور
التشريع فى شأن إيداع الثمن . (٢) وقت الإيداع ومكانه . (٣) ما الذى يجب
إيداعه : كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع . (٤) إيداع كل الثمن ولو كان
مؤجلا أو لم يدفع المشتري إلا جزءا منه فقط . (٥) ملحقات الثمن . (٦) المصروفات
الضرورية والنافعة . (٧) جزاء مخالفة المشتري لالتزامه بإيداع الثمن .

٢١٠- تطور التشريع فى شأن إيداع الثمن : لم يكن قانون الشفعة السابق

واضحا وضوحا كافيا فى هذه المسألة ، فقد كانت المادة ١/١٤ منه تنص على
أنه « يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشتري طلبه
لها كتابة على يد محضر ، ويكون هذا الإعلان مشتملا على عرض الثمن
وملحقاته الواجب دفعها قانونا » . فعرض الثمن وملحقاته كان واجبا ،
فى قانون الشفعة السابق ، وقت إعلان طلب الشفعة . واختلف الفقه والقضاء ،
فى عهد هذا القانون ، فيما هو المقصود بالعرض . فذهب رأى إلى وجوب
العرض الحقيقى المقترن بالإيداع والمبرىء للذمة^(١) ، ولكن الرأى الذى

(١) استئناف وطنى ٢٨ مايو سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٢٣ ص ٢٤٢ -
٢٤ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٠٨ ص ٢١٩ - ٢٨ أبريل سنة ١٩١٢
المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٠٨ ص ٢٢١ - ٢١ أبريل سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٤٢ ص ٢٨ -

تغلب (١) ، وأخذت به محكمة الاستئناف في دوائرها المجتمعة (٢) ، ومن بعدها محكمة النقض (٣) ، هو أن العرض الواجب هو العرض البسيط أى مجرد إظهار الشفيع استعداد له لدفع الثمن والملحقات في إعلان طلب الشفعة .

= ٨ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٠٢ ص ١٤٧ - ٧ يناير سنة ١٩١٩ الحقوق ٣٥ رقم ٤٧ ص ١١٥-١٨ فبراير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٦ ص ١٦٩ - ٥ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٠٠ ص ٣١٥ - طنطا الكلية ٧ مايو سنة ١٩٠٤ الحقوق ١٩ ص ٩٨ - ٢٢ أكتوبر سنة ١٩١٩ المحاماة ١ رقم ٢١ ص ١٣٩ - ١٧ مايو سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٦٢ ص ٣٤٠ - الاسكندرية ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٨٧ ص ٤٠٥ - عل زكى العرابي فقرة ٩٥ ص ٥٦ - عبد السلام ذهني في الأموال فقرة ٥٤٤ ص ٧٥٩ - ص ٧٦٤ .

(١) استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ رقم ٦٥ ص ٢٦ - ١٥ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٥٤ - ٥ يناير سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ رقم ١٣٩ ص ٢٩٥ - ٤ يونيو سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ٣٧١ - ١٦ فبراير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٥ ص ١٦٧ - استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٣١ - ٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٣٥ - ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤٤ - ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٠٩ - ١٨ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١٤ - أحمد فتحي زغلول ص ٩٣ - دي هلتس لفظ préemption فقرة ١٢٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢١ ص ٤١٦ هامش ١ .

(٢) استئناف وطني دوائر مجتمعة ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٠ ص ٢٦٦ . وانظر بعد ذلك استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤٢ ص ١٩٠-٥ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٤٤٢ ص ٨٧٨ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٥ ص ٦٢٥ - ٢٢ مارس سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٨٠ ص ١٤٥ .

(٣) نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٨ ص ٥٣٣ - أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠١ ص ٥٥٥ - ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٨ ص ٥٦٨ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٥٣ - ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٩ ص ٢٧٢ .

وكان يجوز للمحكمة أن تقضى للشفيع بالشفعة في مقابل دفعه الثمن للمشتري في خلال مدة معينة . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه متى كان الحكم الصادر في دعوى الشفعة قد قضى للشفيع بالشفعة في مقابل دفعه الثمن للمشتري في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ النطق به، فانه يكون قد دل بذلك على أنه جعل من هذا الدفع في الميعاد المقرر فيه شرطاً لاستحقاق المين المشفوع فيها، بحيث إذا فوت الشفيع هذا الأجل دون أن يقوم بالدفع بطلت شفيعته ، وذلك دون حاجة إلى حصول تنبيه عليه من المشتري بالدفع ، وسواء أكان الحكم القاضي بتحديد الأجل =

وفي أثناء إعداد مشروع التقنين المدني الجديد ، ذهبت لجنة الأستاذ كامل صدقي ، وهي اللجنة التي قامت بإعداد مشروع نصوص الشفعة ، بعد مناقشات طويلة (١) ، إلى وجوب أن يودع الشفيع خزانة المحكمة مبلغا يساوي على الأقل

ابتدائياً لم يستأنف في الميعاد أم صادراً من محكمة استئنافية . ولا يشترط النص صراحة في منطوق الحكم على سقوط الحق في الشفعة جزاء على عدم دفع الثمن في الميعاد ، ولا يترتب على إغفال ذلك عدم إعمال مقتضى الحكم (نقض مدني ٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٢٣ رقم ٢٥٨ ص ٥٥٠) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦ ص ٩٥ .

(١) جاء في محضر جلسة ٢٨ يناير سنة ١٩٣٨ لهذه اللجنة أن أحد الأعضاء قال «إنه يرى عدم ضرورة عرض الثمن على المشتري عرضاً حقيقياً ، موجهاً النظر إلى ما يستتبعه العرض الحقيقي من خطر في الفروض التي يكون فيها العقار باهظ الثمن أو التي لا يكون الثمن فيها قد دفع من المشتري أو التي يكون العقار فيها مثقلاً بحقوق عينية ، إذ يحسن عدم إغفال الحالات التي يحتمل فيها إفسار المشفوع ضده حتى لا يتعرض الشفيع لخطر هذا الإفسار» . وبسط أحد الأعضاء خلاصة ما انتهى إليه بحثه في موضوع العرض الحقيقي والإيداع متسائلاً «عما إذا كان هناك موجب لإلزام الشفيع بأن يقرن إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة بعرض الثمن وملحقاته عرضاً حقيقياً يتبعه بالإيداع إذا ما أبى المشتري الإذعان لطلب الشفعة ، إذ الواقع أن الشفيع إنما يستعمل حقه بنية سلب المشتري ثمرة عقده والحلول محله عن طريق الشفعة التي يرى أنه يحق استعمالها . فإذا اتخذ في سبيل تحقيق بنيته خطة الهجوم ، كانت عليه تبعة موقفه ، ولزمه تحمل نتائج القيام مباشرة بعرض ثمن الشيء الذي يرى إلى تملكه عرضاً تستخلص منه دلالة الصدق والجدية وينبئ مظنة المضاربة ونية الاتجار بحقه في الشفعة . فإذا اعتبرنا الشفيع مشترياً يفرض نفسه على البائع والمشتري الأصليين ويبني من وراء تدخله إتمام الصفقة لصالحه ، فن المتعين أن يكون قادراً على الوفاء بالتزامه كمشتري فوراً . وإثبات هذه القدرة على الوفاء من الوجهة القانونية لا يكون إلا عن طريق عرض الثمن على المشتري الذي سيحرم من ميزة عقده عرضاً حقيقياً ، وهو أقطع دليل على حسن نيته ورغبته الجدية في الشراء . بيد أنه كثيراً ما يرفض المشتري المهدد باستعمال الشفعة العرض الذي يتقدم به الشفيع ، فهل يلزم الشفيع في هذه الحالة بإيداع المبلغ المعروض ؟ لقد فرق تقنين المرافعات الفرنسي في المواد ٨١٢ - ٨١٤ بين العرض الحقيقي وبين الإيداع ، فجعل كلا منهما إجراء يختلف عن الآخر . أما تقنين المرافعات المصري فقد جاء على عكس ذلك ، إذ خلط بينهما في نص واحد ، وجعل منهما إجراء موحداً مؤدياً لبراءة الذمة . . والواقع أن الشفيع لم يصبح بعد مدينأً ملزماً بالوفاء لإبراء ذمته بالقيام بعرض حقيقي لمدين قائم بالفعل ، فطالما أنه لم يصبح مالكاً نهائياً للعقار المشفوع فيه فلا مبرر لإلزامه بدفع ثمن العقار وملحقاته فوراً . فليس الأمر فيما يتعلق به موضوع عرض مبريء للذمة حتى يمكن إلزامه بها بإيداع الثمن ، بل إنه إعراب حاسم عن نية الأخذ بالشفعة . وماعرض الثمن وملحقاته إلا تأكيد للرغبة الجدية في ذلك ، ومن ثم فليس هناك التزام يتطلب =

ثلث الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع . وقدم المشروع التمهيدى على هذا الأساس إلى لجنة المراجعة ، ولكن هذه اللجنة عدلت النص ، إذ أوجبت أن يكون المبلغ الواجب إيداعه في خلال خمسة عشر يوماً من وقت إعلان طلب الشفعة هو كل الثمن الحقيقي لا ثلثه فقط . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب ، عدل عن فكرة إيداع الثمن إلى فكرة عرض الثمن عند إعلان عريضة دعوى الشفعة ، إذ كان من رأى هذه اللجنة أن « هذا العرض كاف لضمان جدية الدعوى ، وهو لا يعطل في الوقت ذاته استغلال المال فيما إذا وجب إيداع الثمن » . ومن ثم عدلت اللجنة النص على الوجه الآتى : « ويجب أن تكون عريضة الدعوى مصحوبة بالثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، مخصوماً منه قيمة ما يكون العقار المشفوع فيه مثقلاً به من حقوق عينية » . والمشتري وشأته ، إذا شاء قبض الثمن ، وإلا عاد المال إلى الشفيع بعد هذا العرض الحقيقي . ووافق مجلس النواب على هذا التعديل . ولما عرض النص على لجنة مجلس الشيوخ ، رأت أن الأسلم هو إيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع في خلال خمسة عشر يوماً من يوم إعلان طلب الشفعة ، لأن الإيداع يحفظ حقوق الدائنين المسجلين وحق البائع في باقى الثمن إذا لم يكن قد دفع له . ثم تقدم إلى اللجنة اقتراح بالعودة إلى عرض الثمن والاستغناء به عن الإيداع ، وبأنه إذا رؤى ضرورة إيداع الثمن يكون الحكم بسقوط حق الشفعة في حالة عدم الإيداع جوازيًا للقاضى . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح « لأنها اتجهت إلى تقييد الشفعة للتوفيق بين رأى

« من الشفيع وفاء ، وبالتالي فلا مبرر لإلزامه بالإيداع » . ثم قال أحد الأعضاء « إنه يمكن الاستغناء عن إجراء العرض الحقيقي دون تفويت حق لأحد ، وذلك بإيداع جزء من الثمن خزانة المحكمة » . إذ أن مثل هذا الإيداع كفيلاً بتحقيق كافة الضمانات اللازمة لإقصاء كل تدخل من هواة المضاربة ، كما أنه يقضى من جهة أخرى على ما قد يتعرض له الشفيع من أخطار قد تترتب على إجراء العرض الحقيقي » . وبعد تبادل الرأى تقدم أحد الأعضاء بالنص التالى . « يجب إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة على يد محضر ، ويجوز أن يقترن هذا الإعلان أو يتبع في خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ حصوله بإيداع الثمن وملحقاته خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار . فإذا لم يحصل هذا العرض أو إذا رفض ، وجب على الشفيع أن يودع خزانة المحكمة المذكورة ، وقبل رفع دعوى الشفعة ، مبلغاً يساوى ثلث الثمن على الأقل ، وإلا كان العرض باطلاً » . وبعد مناقشة وافقت اللجنة على هذا النص . أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤١٣ - ص ٤١٩ في الهامش .

القائلين بالغاء هذا النظام ورأى القائلين بابقائه ، واشترط إيداع الثمن مظهر من مظاهر التقيد . ثم إن جعل الحكم بسقوط الحق في الشفعة جوازياً للقاضي عند عدم الإيداع لا يستجيب لما ينبغي في المعاملات من استقرار . على أن اللجنة رأت أن مدة الخمسة عشر يوماً التي يجب أن يتم فيها الإيداع قصيرة ، فجعلتها ثلاثين يوماً توخياً للتيسير ، وقررت تعديل النص على هذا الأساس . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته ، وهو النص الذي استقر أخيراً في التقنين المدني الجديد (م ٢/٩٤٢ مدني سالفه الذكر) (١) .

٢١١ - وقت إيداع الثمن ومطالبة : تقضى المادة ٢/٩٤٢ مدني ، كما

رأينا (٢) ، بأن إيداع الثمن يجب أن يتم في خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان طلب الشفعة ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة ، ويجب أن يكون الإيداع في خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه وهي المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة .

فيصح إذن أن يكون إيداع الشفيع للثمن عقب إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة ، أو عند إعلان هذه الرغبة فيضمن الإعلان بياناً بأنه أودع الثمن في خزانة المحكمة ويجوز أن يتراخى الإيداع إلى ما بعد ذلك ، ريثما يدبر الشفيع المبلغ الواجب إيداعه . ولكن لا يجوز أن يتأخر الإيداع بحيث يجاوز ثلاثين يوماً من وقت إعلان طلب الشفعة ، أي من وقت وصول الإعلان إلى كل من البائع والمشتري . ولا يحسب يوم وصول الإعلان ، فيسرى الميعاد في اليوم التالي ، وينقضي بانقضاء ثلاثين يوماً ابتداء من هذا اليوم ، فيجب أن يتم الإيداع في اليوم الثلاثين على الأكثر . فإذا صادف يوم عطلة ، امتد الميعاد إلى أول يوم من أيام العمل يلي انتهاء العطلة . وقد يصل إعلان طلب الشفعة إلى البائع وإلى المشتري في يومين مختلفين ، في حدود الخمسة عشر يوماً من يوم الإنذار الرسمي بوقوع البيع ، فتكون العبرة بآخر هذين اليومين لا بأولهما ، لأن إعلان طلب الشفعة لا يتم إلا إذا وصل الإعلان إلى كل من البائع والمشتري . فإذا وصل الإعلان إلى المشتري في يوم معين ، ثم وصل الإعلان

(١) أنظر آنفاً ص ٦٤٩ هامش ١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٩ .

إلى البائع بعد يومين مثلاً من اليوم الذى وصل فيه الإعلان إلى المشتري ، فإن ميعاد الثلاثين يوماً يسرى من اليوم التالى لليوم الذى وصل فيه الإعلان إلى البائع (١) .

ويجب على كل حال أن يكون الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة (٢) ، وسرى عند الكلام فى دعوى الشفعة أن هذه الدعوى يجب أن ترفع هى أيضاً فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان طلب الشفعة وإلا سقط الحق فيها . ويستطيع الشفيع بطبيعة الحال أن يودع الثمن خزانة المحكمة قبل انقضاء الثلاثين يوماً بوقت كاف يمكنه من أن يرفع دعوى الشفعة فى الميعاد ، وبذلك لا يسقط حقه لا من ناحية التأخر فى الإيداع ولا من ناحية التأخر فى رفع دعوى الشفعة ، وهذا هو الأفضل ، أما إذا تأخر فى الإيداع إلى اليوم الثلاثين ، فإنه يستطيع أن يجد مخرجاً له من سقوط حقه . فهو إذا أودع الثمن فى اليوم الثلاثين ، لم يكن متأخراً فى الإيداع ولم يسقط حقه من هذه الناحية . ولكن يجب عليه فى هذه الحالة أن يقدم صحيفة دعوى الشفعة إلى قلم المحضرين فى نفس اليوم ، ويعتبر تقديم صحيفة الدعوى قاطعاً لمدة السقوط . ومن ثم لا يعتبر متأخراً فى رفع

(١) نقض مدنى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٥ ص ٤٩٠ - ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٥ ص ٥١٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٤ ص ٤٧٣ .
(٢) ولا يشترط أن يحصل الإيداع فى اليوم السابق لرفع الدعوى ، بل يجوز أن يحصل فى نفس اليوم الذى رفعت الدعوى فيه ، مادام قد حصل قبل رفع الدعوى . وقد قضت محكمة النقض ، قبل صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ المعدل لتقنين المرافعات ، بأن المشرع قد هدف من حصول الإيداع قبل رفع الدعوى إلى ضمان الجدية فى طلب الشفعة ولم يحدد فاصلاً زمنياً معيناً بين الإيداع ورفع الدعوى ، فاشتراط حصول الإيداع فى اليوم السابق هو قيد آخر لا يحتمله النص ولا يتفق مع فكرة التيسير فى الميعاد التى أخذ بها الشارع . أما التحدى بالمادة ٢٠ مرافعات فردود بأن القانون قد شرط ميعادين ، أحدهما محدد بالأيام له بدايته ونهايته ، والثانى غير محدد بالأيام وإنما بفاصل زمنى غير محدد وهو مجرد الأسبقية أو القبلية على رفع الدعوى مما لا محل معه لإعمال حكم تلك المادة . لما كان ذلك ، وكان الثابت أن الإيداع قد سبق رفع الدعوى التى أعلنت للمطعون عليهم قبل مضى الثلاثين يوماً من إعلان الرغبة بدليل الإشارة فى عريضتها إلى رقم قسيمة الإيداع ، فإن شروط المادة ٢/٩٤٢ مدنى تكون قد توفرت (نقض مدنى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٩٦ ص ٦١٩) . وانظر أيضاً نقض مدنى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢١٣ ص ١٥٣٠ .

دعوى الشفعة في خلال الثلاثين يوماً بعد أن قطع تقديم صحيفة الدعوى مدة السقوط ، ويعتبر في الوقت ذاته قد أودع الثمن قبل رفع دعوى الشفعة . وتنص المادة ٧٥ مرافعات : بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، في هذا المعنى على ما يأتي : « وتعتبر الدعوى قاطعة لمدة التقادم أو السقوط من يوم تقديم صحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملاً . أما باقي الآثار التي ترتب على رفع الدعوى فلا تسرى إلا من وقت إعلان المدعى عليه بصحيفتها . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في رفع دعوى الشفعة (١) .

ويخلص مما قدمناه أن توقيت إجراءات الشفعة يجرى في الغالب على الوجه الآتي : : يبدأ المشتري ، عقب شرائه العقار المشفوع فيه ، بانذار الشفيع إنذاراً رسمياً بوقوع البيع . وفي خلال خمسة عشر يوماً من هذا الإنذار ، يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري . وفي خلال ثلاثين يوماً من إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، يودع الشفيع الثمن في خزانة المحكمة ، ويرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري (٢) .

٢١٢- ما الزى يجب إيداعه - كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع :
والذي يجب على الشفيع إيداعه خزانة المحكمة في الميعاد المتقدم الذكر هو ، كما تقول المادة ٩٤٢ مدني . « كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع » . والأصل أن الثمن المذكور في عقد البيع يفترض أنه هو الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، إلا إذا ثبت عكس ذلك .

(١) أنظر مايلي فقرة ٢٢٠ .

(٢) ويسبق قيد الدعوى رفعها طبقاً للمادة ٧٥ مرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، على الوجه الذي سنبينه فيما يلي (أنظر فقرة ٢٢٠) . أما قبل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، فقد كان قيد الدعوى يلي رفعها ، وكان الواجب هو إيداع الثمن قبل رفع الدعوى لا قبل قيدها . فالإيداع الذي يقع بعد رفع الدعوى يكون إيداعاً غير صحيح ، ولو وقع قبل قيد الدعوى . وقد قضت محكمة النقض بأن كلا من رفع الدعوى وقيدها إجراء يخالف عن الآخر ، ومن ثم لا يكون هناك مع رضوح النص مجال للخلط بين هذين الإجرائين . ويكون القول بأن القانون ، إذ شرط في المادة ٩٤٢ مدني لقبول دعوى الشفعة وجوب إيداع الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع خزانة المحكمة في خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة وقبل رفع الدعوى إنما قصد إلى أن يتم الإيداع قبل قيدها قول غير صحيح في القانون (نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ . مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٦ ص ٣٩١) .

ومن ثم يجب على الشفيع ، في الأصل ، أن يودع خزانة المحكمة الثمن المذكور في عقد البيع . ويستطيع العلم به إما من الإنذار الرسمي الذي وجهه إليه البائع أو المشتري بوقوع البيع ويشتمل فيما يشتمل عليه من بيانات ذكر الثمن الذي حصل به البيع (١) ، أو من البحث في سجلات الشهر العقاري إذا لم يصله إنذار رسمي و كان البيع قد سجل فيكشف عن الثمن المذكور في العقد من واقع التسجيل . فاذا ما أودع الثمن (٢) المذكور في عقد البيع ، كان إجراء الإيداع سليماً لا مطعن عليه . وله بعد ذلك أن يثبت ، بجميع طرق الإثبات ، أن هذا الثمن المذكور في عقد البيع هو أكبر من الثمن الحقيقي ، وقد ذكر في العقد مبالغاً فيه على هذا النحو لتعجيز الشفيع عن الأخذ بالشفعة أو لإلزامه بدفع مبلغ يزيد على الثمن الحقيقي فيربح المشتري من وراء ذلك ، وهذا ما يحدث كثيراً في العمل (٣) . فاذا ما أثبت الشفيع مقدار الثمن الحقيقي ، استرد مما أودعه خزانة

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٤ .

(٢) ويجب أن يكون الشفيع مالكا للمال الذي يودعه . فاذا كان لراهب عقار يملكه قبل دخوله سلك الرهبنة ، لم يستطع بعد دخوله هذا السلك أن يشفع بهذا العقار إذا كان المبلغ الذي يودعه خزانة المحكمة ليس من ماله الخاص بل من مال البيعة التي يتبعها . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن المناط في أحقية الراهب في المطالبة بالشفعة يتحدد ، لا بما إذا كانت العين التي يشفع بها مملوكة ملكية خاصة فحسب ، بل بما إذا كان المبلغ الذي أودعه ثمناً للعقار المشفوع فيه من ماله الخاص أيضاً . فاذا كان الراهب قد اقتصر على التمسك أمام محكمة الموضوع بأن العين التي يشفع بها مملوكة له ملكية خاصة ، ولم يدع أن ثمن العقار المشفوع فيه الذي أودعه خزانة المحكمة هو من ماله الخاص ، وكان ما قرره الراهب من أن العين المشفوع بها هي من ماله الخاص لا يدل بذاته على أن الثمن الذي أودعه يخرج عن مال البيعة ، وكان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاؤه بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة على أن ما يملكه الراهب من مال بعد انخراطه في سلك الرهبنة يعتبر ملكاً للبيعة التي يتبعها ، وعلى أن الراهب رفع دعوى الشفعة لحسابه الخاص لا بوصفه ممثلاً للكنيسة ، فإن هذا الذي قرره الحكم يكون صحيحاً في القانون (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧٦ ص ١٢٩١) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز للشفيع أن يثبت بجميع الطرق ، بما فيها القرائن ، أن الثمن الوارد في عقد البيع ليس هو الثمن الحقيقي للعين المشفوع فيها ، بل هو ثمن صوري تواطأ عليه البائع والمشتري بقصد تعجيزه عن الأخذ بالشفعة . ولكن إذا توافر لدى القاضي الدليل على صحة الثمن المسمى في العقد كان له رفض طلب الإحالة على التحقيق ، كما إذا قامت لدى المحكمة قرينة تؤيد صحة الثمن وهي شراء نفس الشفيع أحياناً في نفس الخوض في تواريخ قريبة من تاريخ العقد سبب الشفعة بأثمان تزيد على الثمن المسمى في هذا العقد (نقض مدني ٢٨

المحكمة مقدار الزيادة . كذلك يستطيع البائع أو المشتري ، في رأينا ، أن يثبت بالطرق الجائزة في الإثبات فيما بين البائع والمشتري أن الثمن المذكور في العقد

= مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧٣ ص ١٠٩٩ . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد أخذت المشفوع ضدها في خصوص ثمن الصفقة المشفوع فيها بدليل صالح للأخذ به قانوناً ، وهو عقد البيع الابتدائي الموقع عليه منهما ، ولم تعتمد بما أبدياه من تعليل لرفع الثمن في العقد النهائي لما ساقته في هذا الخصوص من أسباب سائغة ، فلا وجه للنعي على حكمها بأنها لم تحل الدعوى على التحقيق لتسخر حقيقة الثمن . ذلك بأن لها في هذا الشأن سلطة تقدير إجابة هذا الطلب أو رفضه تبعاً لما يترامى لها من عناصر الدعوى (نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٣ - ٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٦ ص ٣٠٣) . وانظر استئناف وطني ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٨٧ ص ٢٠٤ - ١٤ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٠ - ١٤ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٦ - ١٧ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٣٤٨ ص ١٩٥ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٤٥ ص ١٤٢ - استئناف مصر ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ٦٨ ص ٢٣٣ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٢٤ .

ولا تأمر المحكمة بتحقيق ادعاء الشفيع إلا إذا وجدت في الدعوى قرائن تشعر بصحته ، حتى لا يكون المشتري معرضاً لنزع ملكية العقار الذي اشتراه بثمن أقل من الثمن المذكور في العقد بمجرد شهادة بعض الشهود (استئناف وطني ١٤ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٠ - استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ - ١١ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٠٤ - ١٩ يونيو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٣١٠ - ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٧٤ - ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٠٠) . وذلك كأن تتأكد المحكمة من مستندات أو من خبير أن العقار لا يساوي الثمن المذكور في العقد ، ولا توجد أسباب خاصة تحمل المشتري على شرائه بأكثر من قيمته . وللمحكمة أن تحلف المشتري اليمين المتمة على أنه اشترى حقيقة بالمبلغ الوارد في العقد (استئناف وطني ٧ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٣٤٨ ص ١٩٥) . ولا يقبل القاضي إثباتاً لصورية الثمن إلا القرائن القوية التي لا تدع مجالاً للشك في صحة ما يدعيه الشفيع (استئناف مصر ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٩ ص ٦٣٠ - استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١١٢) . والشفيع هو الذي يحمل عبء إثبات صورية الثمن ، فلا يقبل منه دفع كل الثمن الوارد في العقد مشروطاً أن يثبت المشتري جديده (استئناف مختلط ١٩ يونيو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٣١٠) .

وإذا أحالت المحكمة القضية على التحقيق ، وجب البحث ، لاعن قيمة العقار ، بل عن الثمن المدفوع ، وسياق الدليل الذي استند إليه الحكم في قضائه بهذا الثمن (نقض مدني ١٦ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٥١ - ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٥٢) .

هو أقل من الثمن الحقيقي (١) ، وقد ذكر في العقد ناقصا لتحقيق غرض معين ولو كان غرضاً غير مشروع كالهرب من دفع رسوم التسجيل كاملة . فإذا ما ثبت الثمن الحقيقي ، وأن الثمن الذي أودعه الشفيع خزانة المحكمة هو أقل منه ، كان الإيداع مع ذلك إجراء صحيحاً لأن الشفيع يكون معذوراً إذا هو لم يعلم بالثمن الحقيقي واعتمد على ما هو مذكور في العقد أنه هو الثمن ، ولكنه يلتزم بدفع الفرق بين الثمن الحقيقي وبين ما أودعه فعلاً خزانة المحكمة (٢) . على أن هذا الرأي ليس هو الرأي الذي تأخذ به محكمة النقض وفريق من الفقهاء ، فهو لا يذهبون إلى أن الشفيع يعتبر من الغير في عقد البيع المشفوع فيه ، فإذا كان هذا العقد صورياً ولو في جزء منه كالثمن ، فإن للشفيع إذا كان حسن النية أن يأخذ بالعقد الظاهر ، وعلى ذلك لا يلتزم إلا بدفع الثمن المذكور في العقد إذا كان هذا الثمن صورياً وكان أقل من الثمن الحقيقي ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٣) .

هذا كله إذا أودع الشفيع خزانة المحكمة الثمن المذكور في العقد . وهو ما يجدر به أن يفعله حتى يطمئن اطمئناناً تاماً إلى أن إجراء الإيداع قد تم صحيحاً لا مطعن عليه كما سبق القول . ولكن يقع في بعض الأحيان أن يكون الثمن المذكور في العقد مبالغاً فيه مبالغة شديدة بقصد إرهاب الشفيع بالزامه بإيداع ثمن أكبر من الثمن الحقيقي . فهل يستطيع الشفيع في هذه الحالة أن يقتصر على إيداع ما يعتقد أنه الثمن الحقيقي ؟ إن المادة ٩٤٢/٢ مدني هو كمارأينا إيداع « كل الثمن الحقيقي » . فإذا عرف الشفيع هذا الثمن ، وكان أقل من الثمن المذكور في عقد البيع ، فهو لا يلتزم إلا بإيداع الثمن الحقيقي دون الثمن المذكور في العقد ، ويكون الإيداع صحيحاً في هذه الحالة . ولكنه هو الذي نحمل عبء إثبات أن ما أودعه خزانة المحكمة هو الثمن الحقيقي ، ويستطيع أن يثبت ذلك

(١) وعلى العكس من ذلك نصت المادة ٢٥١ من قانون الملكية العقارية اللبناني (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أنه «إذا وقع خلاف على مقدار ثمن المشفوع بين المشتري وصاحب حق التفعلة ، فتعين المحكمة الثمن الحقيقي بصرف النظر عن قيمة المشفوع . ولا يسمع الادعاء من المشتري بأن هذا الثمن يزيد عن الثمن المذكور في العقد المسجل» .

(٢) أنظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٣٩ وفقرة ٢٦٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٠ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٧٠ والأحكام المشار إليها في الهامش .

بجميع طرق الإثبات (١) . فإذا ما أثبت أن المبلغ الذى أودعه لا يقل عن الثمن الحقيقى ، سواء كان معادلاً له أو كان أكبر منه ، فإن الإيداع يكون صحيحاً كما قدمنا ، حتى لو كان هذا المبلغ أقل من الثمن المذكور فى العقد . وإيه أن يسترد الفرق فيما إذا أودع مبلغاً أكبر من الثمن الحقيقى . أما إذا لم يستطع إثبات ذلك ، أو ثبت أن الثمن الحقيقى هو أقل من الثمن المذكور فى العقد ولكنه أكبر من المبلغ الذى أودعه خزانة المحكمة ، فإنه لا يكون قد أودع « كل الثمن الحقيقى » . فيكون الإيداع غير صحيح . حتى لو ذكر عند الإيداع أنه مستعد لإكمال المبلغ المودع إلى مقدار الثمن الحقيقى فيما لو ظهر أن المبلغ المودع أقل ، ومن ثم تسقط شفيعته (٢) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشفيع إذا وجه ائمين الخاصة إلى كل من المشتري والبايع على صحة الثمن المذكور فى العقد ، وحلف المشتري ، وتخلف البايع عن الحضور لحلف ائمين ، فإن تخلفه لا يضر به المشتري . ونكوى ائمين المشتري إذ هو ذو المصلحة الكبرى فى إثبات أن الثمن المذكور فى العقد هو الثمن الصحيح (استئناف مختلط ؛ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٥) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كانت العقرة الثانية من المادة ٩٤٢ مدنى توجب على الشفيع أن يودع فى خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها المقدار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ، ورتبت على عدم إتمام الإيداع فى الميعاد المذكور وعلى الوجه المتقدم سقوط الحق فى الشفعة ، كان مفاد هذا أن الإيداع الكامل وفى الميعاد المذكور أصبح شرطاً أساسياً لقبول طلب الشفعة وإجراء جوهرياً من إجراءاتها ، ولا تعتبر الدعوى قائمة فى نظر القانون إلا بتحقيق حصوله . فإذا كان الثابت فى الدعوى أن الشفيع قد بادرت برفع دعواها بناء على علم تنقضى دون انتظار لإصدار رسمى من جانب البايع أو المشتري ، وأودعت ما ظنته الثمن الحقيقى ثم ظهر أنه على خلافه ، كانت بذلك مجازفة وعليها خطرهما . وتكون بهذا الإيداع النقص قد عرضت حقها فى الأخذ بالشفعة للسقوط (نقض مدنى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٧ ص ٦٥٧) . وانظر أيضاً نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٨ - أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠١ - ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٨ ص ٧٥٦ - ١٦ فبراير سنة ١٩٥٠ المخامة ٣٠ رقم ٥٢٦ ص ١٢٠٧ - ١٥ يونيو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٥٣ ص ٦١٥ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٤ ص ١٠١١ - استئناف وطنى ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٧ ص ٢٠٤ - ١٤ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٠ - =

وغنى عن البيان أنه إذا رفعت دعوى الشفعة في الوقت الذي كان قانون الشفعة السابق معمولاً به ، فإن الشفيع لم يكن في حاجة وقتذاك إلى إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع الدعوى ، بل كان يكفي أن يعرض الثمن وملحقاته عرضاً بسيطاً في إعلان طلب الشفعة (١) . فإذا فعل ذلك ، ثم صدر التقنين المدني الجديد ، فإن المادة ٢/٩٤٢ من هذا التقنين لا تسرى في حقه إذ ليس لها أثر رجعي . ومن ثم يعتبر العرض البسيط الذي صدر منه إجراء قد تم صحيحاً طبقاً لأحكام قانون معمول به ، فلا يلتزم بعد صدور التقنين المدني الجديد بإيداع الثمن خزانة المحكمة ، حتى لو كانت دعوى الشفعة لم يفصل فيها وقت صدور هذا التقنين . وقد نصت المادة ١/٢ مرافعات على أن « كل إجراء من

= ٨ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٠٢ ص ١٤٧ - قنا الكلية ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ٢٩٢ ص ٩٩٩ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ٢٩٣ ص ٩٩٩ - شبين الكوم ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ٢٤٣ ص ٩٥٦ - استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢٣ ص ٤٢٤ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٩٩ ص ٥٠٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٥٤ - إسماعيل غانم ص ٨٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٠ ص ٤٨٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٦ ص ٣٤٨ - ص ٣٤٩ - حسن كيرة . ص ٢٠ .

وقارن استئناف وطني ١٣ يناير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٨ ص ٩١ - ٧ يناير سنة ١٩١٩ الحقوق ٣٥ رقم ٤٧ ص ١١٥ .

(١) وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لأحكام قانون الشفعة السابق ، بأنه إذا أعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، وعين الثمن الذي أسس عليه هذه الرغبة قائلاً إن هذا المبلغ هو الذي دلت تحرياته على أنه الثمن الحقيقي وهو قيمة ما تساويه العين المباعة في نظره ، فإن العرض في هذه الحالة يكون مقيداً بالثمن المذكور . فإذا تبين أن هذا الثمن دون الثمن الحقيقي الذي ثبت لدى محكمة الاستئناف فإن هذا العرض يكون ناقصاً نقصاً لا يجزئ عنه أن يكون الشفيع قد وصف الثمن الذي عينه بأنه الثمن الحقيقي ، لأن طلب الشفعة على أساس ثمن معين لا يفيد بذاته استعداد الطالب للأخذ بثمن أعلى (نقض مدني ١٨ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٥٠) . ولكن إذا كان المبلغ الذي عرضه الشفيع أقل من الثمن الذي انعقد به البيع ، فإن العرض يكون مع ذلك صحيحاً إذا أظهر الشفيع استعداده لدفع ما يظهر أنه الثمن الحقيقي مع كافة المصروفات الرسمية (نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٥ رقم ١٧٩ - ١٥ يونيو سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٤٨ - ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣٤ رقم ١٤٧ - ٢٨ مايو سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٤٩) .

إجراءات المرافعات ثم صحيحا في ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ، ما لم ينص على غير ذلك » . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه متى كان الحكم المطعون فيه . إذ قضى للشفيع بالشفعة . قد قرر أن عرض الثمن عرضا حقيقيا وإيداعه خزانة المحكمة ليس لازما لصحة الشفعة ، بل يكفي العرض البسيط للثمن الذي يراه الشفيع حقيقيا . ولا محل للتمسك بالمادة ٩٤٢ من القانون المدني الجديد إذ أن دعوى الشفعة قد رفعت قبل العمل بهذا القانون ولا أثر له على الماضي ، فإن هذا الذي قرره الحكم لا خطأ فيه (١) . وقضت أيضا بأن الإيداع في حكم القانون الجديد شرط لقبول الدعوى ، ولما كانت الدعوى قد رفعت صحيحة وفقا لقانون الشفعة القديم . فلا يسرى عليها نص المادة ٩٤٢ من القانون المدني الجديد ، سواء اعتبر هذا الشرط متعلقا بالإجراءات أو متصلا بموضوع الحق (٢) .

٢١٣ - إيداع كل التمه ولو كان مؤجلا أو لم يرفع المشتري إلا جزءا

منه فقط : تقضى المادة ٢/٩٤٥ مدني . كما سنرى (٣) ، بأن الشفيع لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع . فإذا اتفق البائع والمشتري على أن يكون الثمن مؤجلا أو مقسما ، فإن الشفيع لا يستفيد من هذا التأجيل أو التقسيط الذي راعى فيه البائع اعتبارات خاصة بالمشتري ، بل يجب عليه إيداع الثمن كله قبل رفع دعوى الشفعة . فإذا أراد الشفيع أن يستفيد من التأجيل أو التقسيط ، وجب عليه الحصول على رضاء البائع بذلك ، بعد ثبوت حقه في الشفعة .

(١) نقض مدني ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٤ رقم ١٤٧ .

(٢) نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٧٠ ص ٤٦٧ -

وانظر أيضاً نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣١ ص ٨٦٧ -

وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٠١ - وقارن استئناف المنصورة ١٢ مايو سنة ١٩٥٣ المحاماة

٣٤ رقم ٥١ ص ١٠٦ .

(٣) أنظر مايلي فترة ٢٣٨ :

فواضح إذن أن الشفيع ، في حالة ما إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً بالنسبة إلى المشتري ، يجب عليه إيداع كل الثمن في الميعاد القانوني ، حتى لو كان المشتري لم يدفع للبائع شيئاً من الثمن في حالة التأجيل ، أو دفع جزءاً منه فقط في حالة التقسيط . فالشفيع ملزم في الحالتين ، كما قدمنا ، بدفع كل الثمن فوراً للبائع . فيجب عليه إذن إيداع كل الثمن خزانة المحكمة في الميعاد الذي عينه القانون . وحتى لو حصل الشفيع مقدماً على رضا البائع بالتأجيل أو بالتقسيط ، فأصبح غير ملزم بدفع كل الثمن فوراً للبائع ، فانه يتعين عليه ، من ناحية الإيداع كإجراء ضروري من إجراءات الشفعة ، أن يودع كل الثمن خزانة المحكمة في الميعاد الذي عينه القانون . ذلك أن المادة ٩٤٢/٢ مدني ، وهي تتكلم عن الإيداع ، يختلف نطاق تطبيقها عن نطاق تطبيق المادة ٩٩٤٥/٢ مدني الخاصة بميعاد وفاء الشفيع بالثمن للبائع . فالنص الأخير مقصور على العلاقة ما بين الشفيع والبائع بعد أن يثبت حق الشفيع في الشفعة . فيجيز للبائع بالنسبة إلى الشفيع أن يؤجل الثمن أو يقسطه كما أجله أو قسطه بالنسبة إلى المشتري . أما النص الأول فخاص بإجراء ضروري من إجراءات الشفعة لا بد من القيام به وإلا سقط حق الشفيع ، وهو إيداع الثمن . وقد جاء النص عاماً مطلقاً ، وأوجب على الشفيع في جميع الأحوال أن يودع كل الثمن خزانة المحكمة في الميعاد القانوني . على أن المقصود بالزام الشفيع بإيداع كل الثمن خزانة المحكمة ، ليس فحسب مراعاة مصلحة البائع حتى يقال إن هذا الالتزام يسقط برضائه ، بل أيضاً لأن إيداع الثمن . كما جاء في تقرير لجنة مجلس الشيوخ ، مظهر من مظاهر تقييد الشفعة للتوفيق بين رأي القائلين بالغائها ورأي القائلين بابقائها . فاذا أودع الشفيع كل الثمن خزانة المحكمة في الميعاد القانوني على الوجه الذي يتطلبه القانون ، فقد قام بالإجراء الواجب حتى يثبت حقه في الشفعة . وعند ذلك يستطيع الشفيع أن يلزم البائع بما اتفق عليه معه ، فيسحب الثمن كله أو بعضه من خزانة المحكمة باذن من البائع ، ثم يسدده له في الأجل المتفق عليه أو بالأقساط المتفق عليها (١)

.. (١) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الشارع ، إذ أوجب في الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ من القانون المدني أن يودع ، في خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة ، خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كله الثمن الحقيقي الذي

٢١٤ - ملحقات الثمن : رأينا فيما تقدم أن الشفيع يجب عليه أن يودع كل الثمن خزانة المحكمة ، فهل يجب عليه أيضاً أن يودع مع الثمن ملحقاته ؟ وملحقات الثمن قد تكون رسمية كرسوم توثيق عقد البيع المشفوع فيه ورسوم تسجيله ورسوم استخراج الشهادات العقارية ، وقد تكون غير رسمية كالسمسة وأتعاب المحاماة ومصروفات معاينة العقار المشفوع فيه .

لم نذكر المادة ٢/٩٤٢ مدني ، في شأن الإيداع ، إلا إيداع « كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع » . فلم نذكر ملحقات الثمن ، ولو أراد الشارع أن تودع ملحقات الثمن ، رسمية أو غير رسمية ، لما فاته ذكر ذلك . فقد ذكر ، في شأن البيانات التي يجب أن يشتمل عليها الإنذار الرسمي بوقوع البيع الموجه من البائع أو المشتري للشفيع (م ٩٤١ مدني) . أن من هذه البيانات « بيان الثمن والمصروفات الرسمية » . فلم يغفل المصروفات . بل لم يغفل تحديد نوعها . فلو أراد أن يودع مع الثمن ملحقاته . لما أغفل ذكر الملحقات ، ولنص عليها

= حصل به البيع ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة ، وإذ رتب على عدم إتمام الإيداع في الميعاد المذكور على الوجه المتقدم سقوط حق الأخذ بالشفعة ، فقد دل بذلك على أن إيداع كامل الثمن الحقيقي في الميعاد المذكور وعلى الوجه السابق بيانه هو شرط لقبول دعوى الشفعة . فلا يملك البائع إعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون لأنه فضلاً عن أن هذا الإعفاء مخالف لصريح النص ، فإن الشرط المذكور لم يتقرر لمصلحة البائع وحده ، وإنما وضع لمصلحة من يكون له الحق في الثمن المودع كنه أو بعضه عند ما يثبت حق الشفعة بحكم نهائي ، سواء أكان صاحب هذا الحق هو المشتري الذي عجل كل الثمن أو بعضه للبائع أم هو البائع الذي لم يسوف الثمن كله أو بعضه . ولاتعارض بين اشتراط القانون هذا الإيداع لقبول دعوى الشفعة ، وبين ما نص عليه في المادة ٩٤٥ من أنه لاحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع . ذلك أن هذا النص الأخير إنما ورد بصدد بيان آثار الشفعة أي بعد أن يثبت حق الشفيع في الشفعة رضاء أو قضاء ، ويصبح الثمن من حق البائع وحده ، فيكون له في هذه الحالة أن يمنح الشفيع في الوفاء به الأجل الممنوح للمشتري . ومن ثم لا يجوز ، استناداً إلى هذا النص ، تحويل البائع حق الإعفاء من شرط أوجبه القانون لقبول دعوى الشفعة (نقض مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٥ من ٣٥٦) . وانظر أيضاً في هذا المعنى نقض مدني ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٤ ص ١٠١١ - وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٠٠ وفقرة ٣١٨ ص ٥٣٩ - ص ٥٤٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٦ ص ٣٤٨ - وقارن شيبين الكوم الكلية أول يناير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٣ رقم ٤٨٢ ص ١١٠٦ .

نصاً صريحاً كما فعل في البيانات الواجب ذكرها في الإنذار الرسمي. وقد اكتفى المشرع بإيداع كل الثمن دون إيداع الملحقات ، إذ قد لا يتيسر حساب الملحقات على وجه التحقيق لأول وهلة وبخاصة غير الرسمية منها . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٢/٩٤٢ مدنى يكتفى بإيداع « ثلث الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع » ، فرفع ثلث الثمن إلى كل الثمن فى المراحل التالية . وهذا يدل على أنه لم يكن المقصود أن يودع الشفيع خزانة المحكمة كل ما يستحق فى ذمته لقاء الأخذ بالشفعة ، بل يودع مبلغاً يكتفى للدلالة على جدية طلبه وعلى أنه لا يقصد المساومة والمضاربة بطلبه الشفعة (١) . وإذا كان المشرع قد أوجب إيداع « كل الثمن » ، فليس المقصود من هذا التعبير أن يتضمن الثمن ملحقاته ، وإنما أريد أن يشمل الإيداع « كل » الثمن بعد أن كان لا يشمل فى المشروع التمهيدى إلا « ثلثه » كما سبق القول . فالشفيع إذن لا يلتزم بإيداع ملحقات الثمن ، وتكون هذه محل مطالبة من المشتري للشفيع فى أثناء نظر دعوى الشفعة ، وعلى المشتري أن يقدم ما يثبت مفردات هذه الملحقات وأنه صرفها جميعاً حتى يقضى له بها على الشفيع .

وهذا هو الرأى الذى استقر عليه الفقه فى مصر (٢) ، كما أخذت به محكمة النقض بعد أن كانت قد قضت بعكسه (٣) . فقد انتهت محكمة النقض فى قضائها الأخير إلى أن تقرر أن الشارع تعمد فى القانون الجديد إغفال ملحقات

(١) أنظر آنفاً ص ٦٤٩ هامش ١ .

(٢) محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٩ ص ٥٠٥ - ٥٠٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٥٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٦ ص ٣٤٩ - ص ٣٥٠ - وانظر عكس ذلك وأنه يجب إيداع الملحقات مع الثمن محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢٦ .

(٣) إذ كانت قد قضت بأنه متى كان الحكم قد قرر ، لأسبابه السائغة التى تتفق مع شروط البيع ، أن الشفيع إذا لم يتم بإيداع الملحقات مع ثمن العقار المشفوع فيه لم يكن قد وصل إلى علمه شيء عن هذه الملحقات ولا عن مقدارها ، فإن هذا الذى قرره الحكم يكون صحيحاً فى القانون ، ويكون للشفيع عذره فلا عدم إيداع الملحقات مع الثمن (نقض مدنى ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٣ ص ٦٠٧) . ويستخلص من هذا الحكم أن الشفيع ، إذا كان قد وصل إلى علمه مقدار الملحقات ، فإنه يجب عليه إيداعها مع الثمن . وانظر أيضاً فى هذا المعنى سوهاج الكلية ٢٨ مارس سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٤ رقم ٣٤ ص ٢٩ . وقد عدلت محكمة النقض عن قضائها هذا إلى عكسه فقضت ، كما نرى فى المتن ، بأن الشفيع لا يلتزم بإيداع الملحقات مع الثمن .

التمن فيما يجب إيداعه اكتفاء منه بتقييد حق الشفعة بإيداع التمن الحقيقي فحسب، مما يتعين معه إعمال هذا القيد في أضيق الحدود . فلا ينسحب إلى ملحقات التمن التي لم يرد بها تكليف في القانون . ويؤيد هذا النظر أن المشرع في التقنين الجديد لم يكن يغيب عنه أمر الملحقات . فأورد ذكرها في المادة ٩٤٠ مدني التي حددت البيانات التي يشتمل عليها الإنذار الرسمي الذي يوجه إلى الشفيع لإعلانه بالبيع، ومنها بيان التمن والمصروفات الرسمية . ولما أراد الشارع أن يقرر القاعدة التي انتهجها في التقنين الجديد في خصوص الإيداع . نص في المادة ٩٤٢ التالية على ما يجب إيداعه . فذكر التمن وحده دون الملحقات . مما يقطع في الدلالة على أنه لا يوجب إيداع ملحقات التمن (١) .

٢١٥ - المصروفات الضرورية والنافعة والتعويض عنه البناء

والغراسي : وسرى أن الشفيع يجب أن يرد للمشتري ما أنفقه على العقار المشفوع فيه من مصروفات ضرورية ومصروفات نافعة، وذلك طبقاً للقواعد التي قررها القانون في شأن هذه المصروفات . كذلك يجب عليه أن يعرض المشتري عما أحدثه هذا في العقار المشفوع فيه من بناء وغراس . وهذا طبقاً لقواعد خاصة بالشفعة قررها القانون في المادة ٩٤٦ مدني . وسيجيء بيانها تفصيلاً فيما يلي .

وإذا كان الشفيع غير ملزم بإيداع ملحقات التمن خزانة المحكمة مع التمن . فهو من باب أولى غير ملزم بإيداع ما يستحق في ذمته للمشتري بسبب المصروفات الضرورية والنافعة وبسبب البناء والغراس ، لنفس الاعتبارات التي قدمناها في ملحقات التمن ويكون ما يستحق في ذمته بسبب كل ذلك موضوع مطالبة

= وكانت محكمة النقض تقضي ، تطبيقاً لأحكام قانون الشفعة السابق ، بأن عرض ملحقات التمن لا يكون واجباً على الشفيع إلا إذا كان علماً بوجودها ، فإن حقه في الشفعة لا يسقط إلا بإثبات هذا العلم وإغفاله إبداء الرغبة في الالتزام بها (نقض مدني ٩ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٥ رقم ١٧٣ - ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣٤ رقم ١٧٢ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ١٠١٦) .

(١) نقض مدني ٢١ فبراير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٤١ ص ٢٧٨ .

خاصة يتقدم بها المشتري في دعوى الشفعة . ويقضى له بها على الشفيع إذا هو أثبتها طبقاً للقواعد المقررة قانوناً (١) .

٢١٦- الجزاء المترتب على عدم إيداع الثمن في الميعاد القانوني : رأينا (٢)

أن المادة ٢/٩٤٢ مدني : بعد أن قررت وجوب إيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه في ميعاد معين حددته ، نصت في آخرها على ما يأتي : « فان لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم ، سقط حق الأخذ بالشفعة » . فالنص صريح إذن في أن جزاء إخلال الشفيع بالتزامه من إيداع كل الثمن الحقيقي خزانة المحكمة في الميعاد القانوني هو سقوط حقه في الشفعة .

ويستطيع المشتري أو البائع أن يدفع بسقوط حق الشفعة لهذا السبب في أية حالة كانت عليها الدعوى . بل إن للمحكمة أن تقضي بذلك من تلقاء نفسها . وقد قدمنا أن سقوط الشفعة بسبب انقضاء مواعييدها هو من النظام العام ، فللمحكمة أن تقضي بسقوط الشفعة من تلقاء نفسها وفي أية حالة كانت عليها الدعوى . وحتى لو نزل صاحب الحق صراحة عن التمسك بالسقوط (٣) . وقد قضت محكمة النقض . في خصوص إيداع الثمن . بأن للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إذا لم يتم بإيداع الثمن في الميعاد المحدد في المادة ٩٤٢ مدني (٤) .

وما دام يجوز للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع لعدم إيداع الثمن في الميعاد المحدد ، فانه يترتب على ذلك أنه يجوز إيداع الدفع بسقوط الشفعة لهذا السبب لأول مرة . لا فحسب أمام محكمة الاستئناف . بل أيضاً أمام محكمة النقض .

(١) أنظر في هذا المعنى محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٢٧ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٩ .

(٣) أنظر آنفاً ص ٦٤٤ هامش ٢ .

(٤) نقض مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٥ ص ٣٥٦ .

٢٨ - رفع دعوى الشفعة وصدور حكم بنبوت الحق فيها

٢١٧ - نص قانوني : تنص المادة ٩٤٣ مدني على ما يأتي :

« ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار . وتقيد بالحدول . ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة ، وإلا سقط الحق فيها . ويحكم في الدعوى على وجه السرعة » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : -

« ١ - ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار . وتقيد بالحدول في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة ، وإلا سقط الحق فيها . ٢ - ويحكم فيها دائماً على وجه الاستعجال » . وفي لجنة المراجعة أدخل تعديل لفظي على النص يجعل معناه أوضح ، فأصبح يجري على الوجه الآتي : « ١ - ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار ، وتقيد بالحدول . ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة ، وإلا سقط الحق فيها . ٢ - ويحكم في الدعوى على وجه الاستعجال » . ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١٠١٦ في المشروع النهائي . وفي لجنة التوثيق التشريعية ، أدخل تعديل على النص يقضي بصرف النظر عن إيداع الثمن خزانة المحكمة والاستعاضة عن الإيداع بعرض الثمن عرضاً حقيقياً لضمان جدية الدعوى . ولا يعقب هذا العرض إيداع حتى لا يتعطل المال عن الاستغلال . فالمشتري وشأنه . إذا شاء قبض الثمن . وإلا أعد المال إلى التفتيح بعد هذا العرض الحقيقي . ورأت اللجنة أن يكون هذا العرض عند إعلان عريضة الدعوى لا عند إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . حتى يتسع الوقت للتفتيح في تدبير المبلغ وفي الكشف عن العقار المشفوع فيه لمعرفة ما إذا كانت هناك حقوق عينية تثقله فتخصم من الثمن الذي يدفعه الشفيع . وعلى ذلك عدلت اللجنة النص على الوجه الآتي : « ١ - ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار . وتقيد بالحدول . ويجب أن تكون عريضة الدعوى مصحوبة بالثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، مخصوصاً منه قيمة ما قد يكون العقار المشفوع فيه مثقلاً به من حقوق عينية . ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة . وإلا سقط الحق في الدعوى . ٢ - ويحكم في الدعوى على وجه الاستعجال » . ووافق مجلس النواب على هذا النص تحت رقم ١٠١٣ (أنظر ماسبق بيانه آنفاً ص ٦٤٩ هامش ١) . وفي لجنة مجلس الشيوخ ، تقرر الرجوع إلى فكرة إيداع الثمن بدلاً من عرضه عند إعلان عريضة دعوى الشفعة - وعلى ذلك وافقت اللجنة على النص كما ورد في المشروع النهائي لا كما ورد من مجلس النواب ، مع إدماج الفقرة الثانية في الفقرة الأولى ، واستبدال عبارة « على وجه السرعة » بعبارة « على وجه الاستعجال » تمشياً مع تعبير تقنين المرافعات - فأصبح النص ، تحت رقم ٩٤٣ ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٥ - ص ٤٢٩) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادتين ١٥ و ١٦ (١) .
 ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
 لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٤٧ - وفي التقنين المدني العراقي
 م ١١٣٩ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٤٧ وم ٢٤٨ (٢) .
 والنص سالف الذكر يقتضي بحث المسائل الآتية : (١) الحصوم في دعوى
 الشفعة . (٢) المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة . (٣) رفع دعوى الشفعة وقيدتها
 في ميعاد معين . (٤) الحكم في دعوى الشفعة على وجه السرعة . (٥) الحصوم
 في استئناف الحكم الصادر في دعوى الشفعة وفي الطعن فيه بالنقض . (٦) الحكم
 النهائي بثبوت الحق في الشفعة وتسجيله .

(١) قانون الشفعة السابق م ١٥ : ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة
 الكائن بدائرتها العقار في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عنه في المادة الرابعة
 عشرة ، وإلا سقط الحق فيها .

م ١٦ : ويحكم فيها دائماً على وجه السرعة .
 (والتقنين المدني الجديد يتفق مع قانون الشفعة السابق ، فيما عدا أن التقنين المدني الجديد
 أوجب قيد دعوى الشفعة أيضاً في نفس الميعاد الذي أوجب فيه رفع الدعوى) .
 (٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٣٩ : ١ - يجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة على كل
 من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان رغبته ، وإلا سقط حقه . ٢ - وتعتبر
 دعوى الشفعة من الدعاوى المستعجلة .

(ويوافق التقنين العراقي التقنين المصري ، إلا أنه لم يذكر أن قيد الدعوى يجب أن يتم
 أيضاً في نفس ميعاد رفع الدعوى) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٤٧ : وعلى الشفيع أن يطالب بحق الشفعة أثناء
 الأيام العشرة التي تلي التبليغ ، بعد إضافة مهلة المسافة ، تحت طائلة السقوط . م ٢٤٨ : إذا
 لم يحصل التبليغ المبين في المادة السابقة يسقط حق الشفعة بعد مضي سنة من تاريخ تسجيل
 العقد في السجل العقاري . وتسرى هذه المدة بحق فاقدي الأهلية والغائبين - وإن المدة المذكورة
 في هذه المادة وفي المادة السابقة لا تنقطع إلا بإقامة الدعوى بطلب الشفعة أمام محكمة محل وجود
 العقار الصالحة بحسب الثمن المذكور في العقد .

(والتقنين اللبناني لا يشترط إبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة قبل رفع دعوى الشفعة :
 أنظر آنفاً ص ٦٢٨ هامش ١ . ويشترط أن ترفع دعوى الشفعة - دون أن يتكلم عن
 قيدها - في خلال عشرة أيام من تبليغ المشتري للشفيع تسجيل عقد البيع المشفوع فيه . فإذا
 لم يحصل هذا التبليغ ، ففي خلال سنة من تاريخ تسجيل العقد في السجل العقاري) .

٢١٨- الخصوم في دعوى الشفعة : المدعى في دعوى الشفعة هو

الشفيع (١) . وقد قدمنا أن الأخذ بالشفعة ، هو عمل من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة ، ولذلك يشترط في الشفيع أهلية التصرف . فإذا كان كامل الأهلية ، أى بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، جازله وحده أن يرفع دعوى الشفعة . وله أن يوكل في رفعها غيره بشرط أن تكون الوكالة وكالة خاصة ، فالوكالة العامة لا تكفي لأنها تقتصر على أعمال الإدارة دون أعمال التصرف (٢) . أما إذا كان الشفيع قاصراً أو محجوراً عليه ، فوليه أو وصيه هو الذى يرفع دعوى الشفعة ، بإذن من المحكمة أو بغير إذن على التفصيل الذى قدمناه عند الكلام في أهلية الشفيع (٣) .

والمدعى عليه في دعوى الشفعة هو كل من المشتري والبائع ، فرفع الدعوى على المشتري وحده أو على البائع وحده لا يكفي . وقد كان التقنين المدني السابق يجعل المدعى عليه في دعوى الشفعة هو المشتري وحده . فكانت دعوى

(١) وإذا تعدد الشفعاء . قبلت الدعوى المرفوعة منهم جميعاً بصحيفة واحدة ، ولونزل أحدهم للآخرين ، إذا كان طلب الأخذ بالشفعة قد حصل منهم جميعاً في إعلان واحد وفي ميعاد الخمسة عشر يوماً (استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٠٥) .

(٢) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٢٢ ص ٤٨٥ - فإذا كانت الوكالة وكالة عامة ، وأخذ الوكيل بالشفعة نيابة عن موكله ، وأجاز الموكل هذا العمل ، صح الأخذ بالشفعة ، إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة (استئناف وطني ٦ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٠١ ص ٣١٧) .

قارن مصر ١٣ فبراير سنة ١٨٩٢ اخقوق ٦ ص ١٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣١ ص ٤٢٠ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٩٠ - وإذا طلب الولي أو الوصي الشفعة لنفسه بالأصالة ، فظهر أن العقار الذى يشفع به مملوك للقاصر المنشمول بولايته أو وصايته ، فلا يصلح طلبه الشفعة لنفسه طلباً للشفعة نيابة عن محجوره ، بل لابد من طلب جديد باسم المحجور يقدم في الميعاد القانوني (استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١١٩ ص ٣٦٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣٢) . وإذا باع الولي أو الوصي عقاراً مملوكاً له أو اشترى لنفسه عقاراً ، وكان المحجور شفيعاً في العقار المبيع أو العقار المشتري ، فالمحكمة تعين للمحجور وصياً خاصاً (ad hoc) ينوب عنه في الأخذ بالشفعة (طنطا الكلية ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١٦ ص ٣١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣٣ ص ٤٣١) .

الشفعة ترفع على المشتري دون البائع (١) . أما قانون الشفعة السابق ، ومن بعده التقنين المدني الجديد ، فيجعلان المدعى عليه في دعوى الشفعة هو كل من المشتري والبائع ، ولا بد أن ترفع الدعوى على كليهما (٢) . والسبب في ذلك أن ثبوت الحق في الشفعة يترتب عليه أن يحل الشفيع محل المشتري في مواجهة البائع ، فأثر الشفعة إذن يمتد إلى كل من المشتري والبائع ، فيكون هذان معاً طرفاً سواء في توجيه إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة إليهما أو في رفع دعوى الشفعة عليهما (٣) . وما دام الشفيع يحل محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته نحو البائع ، وما دامت حقوق البائع قبل المشتري تسقط ولا يستطيع البائع أن يطالب بها إلا الشفيع الذي حل محل المشتري . وما دام الشفيع يصبح هو الدائن للبائع بضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية . فإنه يخلص من كل ذلك أن الحكم بثبوت الشفعة هو حكم يمس البائع بقدر ما يمس المشتري (٤) . وعلى ذلك لا بد من رفع الدعوى على كل من المشتري والبائع في الميعاد القانوني ،

(١) استئناف مختلف ١١ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٣٢ - ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٣

م ٥ ص ٢٠٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا بد لقبول دعوى الشفعة من اختصاص الشفيع والبائع والمشتري ، سواء في أول درجة أو في الاستئناف أو في النقض . وسواء كان رافع الدعوى أو الطاعن في الحكم هو الشفيع أو المشتري أو البائع . فإذ رفعها أيهم في أية مرحلة من مراحلها تلك ، ولم يخصم أحد صاحبيه ، قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها . إذ لا حكم إلا في دعوى . ولا تقبل الدعوى إذا لم يعلن فيها جميع الخصوم الواجب اختصاصهم (نقض مدني ١٩ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧١ ص ٥٤٣) . وانظر نقض مدني ٦ بونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٤ ص ٨٦٤ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٣ ص ٢٠٠ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣٤ ص ٦٥٦ - ٢ يونيو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٨ ص ٧٨٧ - ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٢٣ رقم ٦٢٧ ص ١٤١٧ - ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٤ ص ١٠٣١ - ١٢ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٠ ص ١١٣٦ - استئناف مصر ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٧١ ص ٣٨٥ - ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٩٢ - أسيوط الكلية ١٣ يونيو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٨٨ ص ٣٦٩ .

(٣) أنظر آنفاً ص ٦٢٩ .

(٤) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣٤ ص ٤٣٣ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٠٢

ص ٥١١ - ص ٥١٢ .

والأ. سقط حق الشفيع في الشفعة (١). فإذا رفعت الدعوى على أحدهما في الميعاد القانوني . وعلى الآخر بعد انقضاء الميعاد القانوني لم تصح الدعوى (٢) . ولكن إذا رفع الشفيع الدعوى على بعض بائعي العقار في الميعاد القانوني وهو لا يعلم بوجود غيرهم . جاز له رفع الدعوى على البائعين الآخرين بمجرد علمه بهم ولو كان ذلك بعد انقضاء الميعاد القانوني (٣) . ويجب على الشفيع أن يختصم بجميع البائعين وجميع المشتريين الذين وردت أسماؤهم في الإنذار الرسمي الموجه إليه بوقوع البيع . حتى لو كان يتمسك بأن عقود بعض المشتريين عقود صورية يراد بها التحايل على منع الشفعة . فالطعن بالصورية لا يمنع من اختصاص المشتري المطعون في عقده في دعوى الشفعة ، وفي هذه الدعوى يطعن في العقد

(١) استئناف مصر ٢١ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٢ ص ٥٨ - وإذا صدر حكم بتبوت الشفعة . ثم رفع المشتري دعوى بسقوط هذا الحكم ، فيكون أن يختصم فيها بشفيع . وإذا طعن الشفيع بالنقص في الحكم الصادر بسقوط حكم الشفعة . اكتفى كذلك باختصاص المشتري . وذلك أن اختصاص كل من البائع والمشتري إنما يكون ضرورياً في دعوى الشفعة ذاتها . ولا يمتد ذلك إلى دعوى سقوط حكم الشفعة (نقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٣٩ ص ٢٧٦) .

(٢) استئناف مصر ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٩٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣٧ (ويشير إلى حكم استئناف مصر في ٢ فبراير سنة ١٩٤٥) - أسيوط الكلية ١٨ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٤٨ ص ٤٣٤ - وإذا تعدد البائع تجهيل اسم المشتري ، فليس له أن يدفع بعدم قبول دعوى الشفعة لأنها لم ترفع على المشتري ، إذ لا يجوز أن يستفيد من تضيئه (استئناف وصي ٢٤ مارس سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ١٥ ص ٣٨ - ٢٢ بونيه سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٠٢ ص ١٤٠) .

(٣) استئناف وصي ٦ أبريل سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١٠١ ص ٢١٧ - وإذا بيع عقار على الشيوع لشخصين . وكانت الشفعة لا يمكن استملاكها إلا في العقار جميعه ، لم تكن الدعوى صحيحة إلا إذا رفعت في الميعاد القانوني على كل من المشتريين ، فإذا رفعت على أحدهما دون الآخر سقط حق الشفيع بالنسبة إلى الكل (استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٢٧) . أما إذا كان محل الشفعة قطعة أرض قابلة للقسمه . واشترها عدة أشخاص حصصاً مفردة ، فإن دعوى الشفعة المرفوعة على بعض المشتريين ، ولو أشارت إلى الأرض جميعها ، لا يكون لها تأثير بالنسبة إلى باقي المشتريين (استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٠٨) . وإذا توفي أحد الخصوم عن عدة ورثة ، وجب اختصاص هؤلاء الورثة جميعاً - فإذا طعن في الحكم الصادر من مصلحة الشفيع أحد ورثة البائع أو المشتري دون باقي الورثة ، فإن الطعن يكون غير مقبول شكلاً (نقض مدني ١٧ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ١٨٩ ص ٤٣٥ - ٥ يونيو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨١ ص ١١٦٣) .

بالصوربة فيكون الحكم حجة على هذا المشتري إذ قد ادخل خصماً في الدعوى (١) .

٢١٩ - لفكرة المختصة بنظر دعوى الشفعة : رأينا (٢) أن المادة ٩٤٣

مدني تنص على أن «ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار . . . » . فالمحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة هي إذن المحكمة الكائن بدائرتها العقار المشفوع فيه ، وذلك لأن دعوى الشفعة هي دعوى عينية إذ يطالب فيها الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه بسبب من أسباب كسب الملكية هو الشفعة . وقد نصت المادة ٩٤٣ مدني المشار إليها صراحة على اختصاص محكمة العقار : فقد كان هناك رأي يذهب إلى أن دعوى الشفعة هي دعوى شخصية فتكون من اختصاص المحكمة الكائن في دائرتها موطن المدعي عليه ، فأراد المشرع أن يحسم الخلاف في هذه المسألة بأن ينص صراحة على اختصاص محكمة العقار ليدل على أن دعوى الشفعة دعوى عينية عقارية (٣) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الشفيع قد أغفل توجيه الدعوى إلى أحد المتبرين على شيوع محتجاً بصورية عقده ، وكان الحكم قد أغفل دفع المشتري الآخر بموجب توجيه هذا الطعن إلى شريكه غير المختص في دعوى الشفعة ، وأقام قضاءه على أن إدخال هذا المشتري في عقد انشراء المسجل لم يقصد به إلا الاحتياال لمنع الأخذ بالشفعة ، فإن هذا الحكم يكون باطلاً . إذ كان يتعين عن المحكمة لكي يستقيم قضاؤها وقف الفصل في دعوى الشفعة حتى يستصدر الشفيع حكماً نهائياً في مواجهة جميع أطراف الخصومة ، ومن بينهم المشتري الذي لم يختصم فيها . بصورية عقد هذا الأخير (نقض مدني ٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨ : ص ٢٤٤) . وانظر أيضاً نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ . رقم ٢٠٢ ص ٥٥٥-١٠ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٣٥ ص ٨٤٤ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٠٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٧ .

(٣) وقد جرت مناقشة في هذا الصدد في لجنة مجلس الشيوخ وقت نظر مشروع التقنين المدني أمامها . إذ اعترض أحد أعضاء اللجنة على ورود اختصاص محكمة العقار في النص ، فقد رأى في ذلك «إقحام بعض قواعد المرافعات» . فأجيب على هذا الاعتراض «بأنه حيث ينشئ القانون حقاً . فهو وإجراءاته من صميم القانون المنشئ لهذا الحق» . وأضيف إلى ذلك «أنه يحسن دفعاً بشبهة في حق دعوى الشفعة شخصية أو عقارية عدم رفع حكم المرافعات الوارد في المادة» . فأعلن العضو المعارض عند ذلك أنه «يتزل عن اعتراضه لهذه الحجة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٩) .

هذا من حيث الاختصاص المحلي . أما من حيث الاختصاص النوعي .
 فالمحكمة العقار المختصة هي المحكمة الكلية أو المحكمة الجزئية تبعا لمقدار الثمن الوارد
 ذكره في عقد البيع . فإذا كان هذا المقدار يزيد على مائتين وخمسين جنيها .
 فالمحكمة الكلية هي المختصة ، ويكون حكمها دائما قابلا للاستئناف ، ويكون
 الحكم الصادر في الاستئناف قابلا للنقض . وإذا كان مقدار الثمن المذكور في
 عقد البيع لا يتجاوز مائتين وخمسين جنيها ، فالمحكمة الجزئية هي المختصة ، ويكون
 حكمها انتهايا إذا لم يتجاوز مقدار الثمن خمسين جنيها . فإن جاوز هذا المبلغ كان
 الحكم قابلا للاستئناف ولكن الحكم الصادر في الاستئناف لا يكون قابلا
 للنقض (١) . والعبرة فيما قدمناه هي . كما أسلفنا . بالثمن المذكور في العقد .
 فإذا كان هذا الثمن ٣٠٠ جنية مثلا . وكان الشفيع يعتقد أن الثمن الحقيقي هو
 ٢٥٠ جنيها فقط ، وجب عليه مع ذلك أن يرفع الدعوى أمام المحكمة الكلية .
 وهذه المحكمة هي التي تفصل في مقدار الثمن الحقيقي (٢) . وقد يكون الأمر على
 العكس من ذلك . فيكون الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي للتخفيف
 مثلا من رسوم التسجيل . فإذا ذكر في العقد أن الثمن ٢٥٠ جنيها مثلا ، وجب
 على الشفيع أن يرفع الدعوى أمام المحكمة الجزئية . فإذا أثبت المشتري أو البائع :
 وفقا للرأي الذي نقول به ونأخذ بعكسه محكمة النقض وفريق من الفقهاء (٣) ،
 أن الثمن الحقيقي هو ٣٥٠ جنيها مثلا ، قضت المحكمة الجزئية بعدم اختصاصها ،
 وأمرت بأحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة الكلية المختصة ، وجاز لها أن تحكم
 بغرامة لا تتجاوز عشرة جنيها تمنح كلها أو بعضها للشفيع مع عدم الإخلال
 بحقه في طلب التضمينات . وتلتزم المحكمة الكلية المحال إليها الدعوى بنظرها (٤) .
 وإذا رفع الشفيع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة . فإنه مع ذلك
 يقطع مدة الثلاثين يوما المقررة لسقوط حق الشفعة بانقضائها . فإذا قضت
 المحكمة التي رفعت إليها الدعوى بعدم اختصاصها بنظرها : فللشفيع بعد صدور

(١) أنظر في ذلك م ٤٥ مرافعات .

(٢) عابدين ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٥ حقوق ٢٠ رقم ٦٤ ص ١٨١ - محمد كامل مرسى

٣ مقرة ٤٥٣ .

(٣) أنظر آنفا مقرة ٢١٢ .

(٤) أنظر المادة ١٣٥ مرافعات المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ .

هذا الحكم مدة ثلاثين يوماً جديدة لرفع الدعوى أمام المحكمة المختصة. وقد كان هذا هو ما جرى عليه القضاء في عهد التقنين المدني السابق (١)، فأولى أن يكون هذا هو الحكم أيضاً في عهد التقنين المدني الجديد وقد تضمن نصاً صريحاً كان التقنين المدني السابق خالياً منه، هو المادة ٣٨٣ مدني وتنص على أن « ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة . . . » ، ويقاس على انقطاع مدة التقادم انقطاع مدة السقوط . وتسرى مدة الثلاثين يوماً الجديدة من وقت صدور حكم المحكمة بعدم الاختصاص (لا من وقت إعلان هذا الحكم) ، إلا إذا استأنف الشفع الحكم بعدم الاختصاص في خلال المدة المحددة للاستئناف، فيتولد بهذا الاستئناف سبب جديد للانقطاع . ويظل الانقطاع قائماً حتى بعد صدور الحكم في الاستئناف . فإذا كان مؤيداً لعدم الاختصاص ، وجب على الشفع عندئذ أن يرفع دعوى الشفعة من جديد أمام المحكمة المختصة في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الحكم النهائي (٢) .

(١) استئناف وطني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ رقم ٨٧ ص ١٢٣ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٣ رقم ٤٥ ص ١٤٢ - ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٩٧ ص ١٧١ - استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٤٤٢ ص ٨٧٨ - استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٣٧ - ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥٤ - محمد علي عرفة فقرة ٣٠٧ ص ٥١٨ - وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا رفعت دعوى الشفعة في خلال الثلاثين يوماً أمام محكمة كانت مختصة في الأصل وقت رفعها ، ثم حكم بعدم الاختصاص لطروء ما أخرج الدعوى عن اختصاصها (دخول خصم جديد في الدعوى قال إنه اشترى العقار من المشتري الأول بشئ يجاوز نصاب القاضى الجزئى) ، كن للشفع تجديد أمام المحكمة المختصة . ولا يقبل من المتفوع منه الدفع بأن دعوى الشفعة رفعت بعد انقضاء الثلاثين يوماً (استئناف مصر ٢٢ يونه سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٠٢ ص ١٤٠) .

(٢) نقض مدني ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٧ ص ١٤١ - استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥٤ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٠٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٢ ص ٤٨٦ - ص ٤٨٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٧ ص ٣٥١ .

وهناك رأى يذهب إلى أن ميعاد الثلاثين يوماً الجديدة يسرى ، لامن وقت صدور الحكم بعدم الاختصاص ، بل من وقت انقضاء ميعاد استئناف هذا الحكم وصيرورته بذلك نهائياً . فيبقى الانقطاع مستمراً طول المدة التي يجوز فيها استئناف الحكم الصادر بعدم الاختصاص ، ولا حاجة لرفع الاستئناف فعلاً . ففى إحدى القضايا قضت المحكمة الجزئية بعدم الاختصاص في ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٢ ، فسرى ميعاد ١٥ يوماً لاستئناف هذا الحكم ، ولكن الشفع لم يستأنف . =

٢٢٠ - رفع الدعوى وقيد لها في الميعاد القانوني : تقول المادة ٩٤٣

مدني ، كما رأينا (١) . « ترفع دعوى الشفعة . . . وتفيد بالحدول . ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة (إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة) . وإلا سقط الحق فيها . . . » . ونرى من ذلك أن هناك ميعاداً معيناً لرفع دعوى الشفعة وقيد لها . وهو ثلاثون يوماً من إعلان الشفع لـ كل من البائع والمشتري رغبته في الأخذ بالشفعة (٢) . ويحسن أن نستعرض تطور هذه المسألة . التي تعتبر من أهم مسائل الشفعة ، منذ قانون الشفعة السابق .

فقد كانت المادة ١٥ من قانون الشفعة السابق تنص على أن « ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عنه في المادة الرابعة عشرة (إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة) . وإلا سقط الحق فيها » (٣) . فكان هذا النص يقضي برفع دعوى الشفعة في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ

= فقضت محكمة استئناف مصر بأن الانقضاء الأول بقى مستمراً خمسة عشر يوماً بعد صدور الحكم بعدم الاختصاص إلى أن أصبح هذا الحكم نهائياً بعدم استئنافه حتى انقضت هذه المدة ، ويكون للشفيع من وقت انقضاء خمسة عشر يوماً . أي من يوم ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ . ثلاثون يوماً جديدة لرفع دعوى الشفعة أمام المحكمة المختصة . فإذا كان الشفع قد رفع هذه الدعوى أمام المحكمة الكلية المختصة في ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٢ ، فإنه يكون قد رفع الدعوى في الميعاد القانوني (استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٩٧ ص ١٧١) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١٧ .

(٢) وقد يكتفى المشتري بتسجيل عقد البيع دون أن ينذر الشفع بوقوع هذا البيع ، فيجب في هذه الحالة أن يعان الشفع رغبته في الأخذ بالشفعة في خلال أربعة أشهر من وقت التسجيل (أنظر آنفاً فقرة ٢٠٦) . وقد يستغنى في هذه الحالة عن إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة برفع دعوى الشفعة مباشرة (أنظر آنفاً ص ٦٢٢) ، فيجب عليه عندئذ إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة وقيد لها في خلال الأربعة أشهر التالية لوقت التسجيل .

(٣) أما في التقنين المدني السابق ، فلم يكن هناك ميعاد محدد لرفع دعوى الشفعة ، ولكن القضاء كان يتطلب رفع الدعوى في أقرب وقت ممكن حتى لا يظل المشتري مهدداً بنزع ملكية العقار الذي اشتراه مدة طويلة (استئناف وطني ١٣ يونيو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ١٧ ص ٥١ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢٧ ص ٩٣ - وأنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢٨) .

بالشفعة . ولم يكن هناك ميعاد لقيد الدعوى بعد رفعها (١) . فكان الشفيع يستطيع . إذا أراد المضاربة واستغلال حقه في طلب الشفعة ، أن يعلن صحيفة دعوى الشفعة لكل من البائع والمشتري في ميعاد الثلاثين يوماً بعد أن يؤدي ربع رسم الدعوى . ثم يقف عند ذلك . فهو لم يكن ملزماً ، تطبيقاً لأحكام قانون الشفعة السابق ووفقاً للرأى الذى كان سائداً وقت ذاك ، بعرض الثمن عرضاً حقيقياً ولا بإيداعه خزانة المحكمة . بل كان يكفيه العرض البسيط . ثم إنه لم يكن ملزماً . تطبيقاً لأحكام تقنين المرافعات السابق . بقيد الدعوى وتأدية ثلاثة أرباع الرسم الباقية في ميعاد معين . فكان يقتصر على إعلان صحيفة الدعوى في الميعاد القانونى بعد رفع ربع الرسم فقط . ثم يترصد مترقباً وقد شهر هذا السيف في وجه المشتري . فلا هو يمضى في إجراءات دعوى الشفعة ، ولا هو يتزل عنها . ويبقى هذا السيف معلقاً ، ويبقى هو منتظراً حتى يسعى إليه المشتري يساومه على التزول عن دعوى الشفعة . وكل ذلك لم يكلفه إلا دفع ربع الرسم .

فأراد التقنين المدنى الجديد علاج هذا الوضع . فأوجب على الشفيع أولاً . كما رأينا . أن يودع خزانة المحكمة كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع . ثم أوجب عليه ثانياً أن يرفع دعوى الشفعة ، وأوجب عليه ثالثاً أن يقيد الدعوى (٢) .

(١) نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٣ ص ٢٧٣ - ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٦ ص ٦٩٨ - استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٥ ص ١١١ - ٦ يناير سنة ١٩٣٨ الخامة ١٩ رقم ١٥٩ ص ٣٦٨ - وأنظر عكس ذلك وأنه كان يجب قيد الدعوى في ميعاد الثلاثين يوماً استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ الخامة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ - استئناف محتفظ ١٢ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٩٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥٢ ص ٤٤٤ - ولكن رفع الدعوى كان يعنى على كل حال إعلان صحيفة الخصم . ولم يكن يكتفى في عهد تقنين المرافعات السابق بتقديم الصحيفة أو قلم المحضرين لإعلانها (نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٢٥ رقم ١١٣ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٢٥ رقم ١١٤) .

(٢) أنظر في هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٠٤ ص ٥١٣ - ص ٥١٤ .

(٣) فايداع الثمن قد استحدثه التقنين المدنى الجديد . للتدليل على حدية دعوى الشفعة والنأى بها عن مجال المضاربة والاستغلال ، وكضهر من مظهر تقييد دعوى الشفعة . كما سبق نقول (أنظر آتفاً فقرة ٢١٠) . وكذلك وجوب قيد الدعوى في خلال الثلاثين يوماً استحدثه =

وكل هذا يجب عليه أن يقوم به في خلال الثلاثين يوماً التالية لإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة (١). ولما كانت هذه الأعمال الثلاثة - إيداع الثمن ثم رفع الدعوى ثم قيدها - قد رتبها القانون بحيث يلي بعضها بعضاً ، فإيداع الثمن يجب أن يتم قبل رفع الدعوى بحسب أحكام التقنين المدني الجديد في الشفعة ، ورفع الدعوى يجب أن يتم قبل قيدها بحسب أحكام تقنين المرافعات الجديد في إجراءات

=التقنين المدني الجديد ، حتى لا يتباطأ الشفيع في الإجراءات دون مبرر . وحتى لا يسبق الدعوى معلقة بقصد ابتزاز المشتري واستغلاله . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « . . . مع ملاحظة أن رفع دعوى الشفعة لا يكتفى وحده . بل يجب أيضاً قيد الدعوى في الجدول في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . حتى لا يتباطأ الشفيع في الإجراءات دون مبرر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٧) . والعبرة في سريان التقنين المدني الجديد فيما استحدثه بوقت إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . فإذا تم هذا الإعلان قبل نفاذ التقنين المدني الجديد ، أى قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فإن قانون الشفعة السابق هو الذى يسرى ، ومن ثم لا يكون على الشفيع إلا رفع دعوى الشفعة في ميعاد الثلاثين يوماً دون أن يلتزم بإيداع الثمن ويكتفى بالعرض البسيط ، كما لا يلتزم بقيد الدعوى في خلال الثلاثين يوماً . أما إذا لم يسبق إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فالتقنين المدني الجديد هو الذى يسرى ، ويجب على الشفيع أن يودع الثمن ويرفع الدعوى ويقيدها في ميعاد الثلاثين يوماً . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه لما كان لقانون المدني الجديد قد وضع نظاماً مستحدثاً لإجراءات الشفعة نص عليه في المواد من ٩٤٠ إلى ٩٤٣ ، وكانت إجراءات هذا التشريع ومواعيده مرتبطة ببعضها ببعض ارتباطاً وثيقاً ومدة بذات الحق ، إذ ينص القانون على إتباعها وإلا سقط الحق في الأخذ بالشفعة ، وكانت تبدأ جميعاً من جانب الشفيع من تاريخ إعلان الرغبة ، فإن مقتضى هذا الوضع أن نصوص القانون الجديد إنما تسرى على طلب الشفعة الذى تبدأ إجراءاته بإعلان الرغبة فيه بعد العمل به لا الطلب السابق عليه الذى حصل على هدى قانون الشفعة القديم . . . وليس يسوغ مرجح أحكام القانونين وإعمال بعض نصوص القانون الجديد مع بعض نصوص القانون القديم . لأن ذلك فضلاً عن أنه يؤدي إلى نتائج غير مستساغة بل ومخالفة لنصوص القانونين القديم والجديد . فإنه لا يتفق مع قواعد التطبيق الصحيحة . (نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣١ ص ٨٦٧) . وانظر نقض مدنى ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٧٠ ص ٤٦٧ .

(١) فإذا لم يتم إعلان الخصوم بالدعوى في خلال هذه المدة سقط حق الشفيع حتى لو كان عدم إتمام الإعلان بسبب تواطؤ المشتري والبائع لإخفاء موطن هذا الأخير ، مادام هذا التواطؤ ، على فرض حصوله ، لم يكن من شأنه أن يحول دون اتخاذ الشفيع الإجراءات القانونية الذى يؤدي إلى إتمام الإعلان في خلال المدة اليلتزم لرفع دعوى الشفعة بتسليم صورة النورقة إلى النيابة (نقض مدنى ٩ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٥٦ ص ٩٩٧) .

التقاضى ، فعلى الشفيع إذن أن يقوم بكل هذه الأعمال الثلاثة ، وعلى هذا الترتيب ، فى ميعاد الثلاثين يوما . ويترتب على ذلك أنه لا يستطيع أن ينتفع بهذا الميعاد إلى آخر يوم فيه إلا فى العمل الأخير من هذه الأعمال الثلاثة وهو قيد الدعوى . فهو إذا قيد الدعوى فى نهاية الثلاثين يوما ودفع الرسم كاملا ، فلا بد له من أن يرفعها قبل ذلك أى قبل نهاية الثلاثين يوما . ثم إذا هو رفع الدعوى قبل نهاية الثلاثين يوما ببضعة أيام . فلا بد له من إيداع الثمن قبل رفع الدعوى ببضعة أيام أخرى . فالتقنين المدنى الجديد إذا كان قد أقفل الباب فى وجه المساومات واستغلال حق الشفعة بوضعه هذه القيود الثقيلة فى استعمال هذا الحق ، فإنه قد تضافر مع تقنين المرافعات فى جعل ميعاد الثلاثين يوما ميعادا صوريا بالنسبة إلى كل من إيداع الثمن ورفع الدعوى . إذ لا بد للشفيع من أن يقوم بكل من هذين العملين دون أن ينتفع بهذا الميعاد كاملا . ولم يكن ميعاد الثلاثين يوما ميعادا حقيقيا . إلا بالنسبة إلى قيد الدعوى . وكان الأولى إذن أن يضع القانون لكل عمل من هذه الأعمال الثلاثة ميعادا خاصا به . لا أن يجمعها كلها فى ميعاد واحد . فكان يستطيع مثلا أن يوجب على الشفيع إيداع كل الثمن فى العشرين يوما التالية لإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة . ثم رفع الدعوى فى عشرة الأيام التالية لإيداع الثمن . ثم قيد الدعوى فى ميعاد قصير يحدده بعد رفع الدعوى وليكن خمسة أيام أخرى .

على أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ . الذى عدل كثيرا من نصوص تقنين المرافعات . قد حور من هذا الوضع قليلا . فقد عدل المادة ٧٥ من تقنين المرافعات الجديد ، فى كيفية رفع الدعوى . على الوجه الآتى : « على المدعى أن يقدم قلم كتاب المحكمة ، وقت تقديم صحيفة دعواه ، صوراً منها بقدر عدد المدعى عليهم وصورة قلم الكتاب — ويقيد قلم الكتاب الدعوى فى يوم تقديم الصحيفة فى السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت تاريخ الجلسة المحددة لنظرها فى أصل الصحيفة وصورها ، ثم يعيدها إلى المدعى ليتولى تسليمها إلى قلم المحضرين لإعلائها — وتعتبر الدعوى قاطعة لمدة التقادم أو السقوط من وقت تقديم صحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملا ، أما باقى الآثار التى تترتب على رفع الدعوى فلا تسرى إلا من وقت إعلان المدعى عليه بصحيفتها .»

فأصبح قيد الدعوى . بموجب هذا النص . سابقا على رفعها . بعد أن كان تاليا لرفع الدعوى بموجب أحكام تقنين المرافعات قبل تعديله بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ (١) . وأصبح ميعاد السقوط . وهو الثلاثون يوما ، كافيا لقطعه تقديم صحيفة الدعوى إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملا . وبالجمع بين أحكام التقنين المدنى فى الشفعة وهذه الأحكام الجديدة فى تقنين المرافعات ، أصبح الأمر يجرى على الوجه الآتى : بعد الشفيع صحيفة دعوى الشفعة والصور المطلوبة منها . ويقدمها إلى قلم كتاب المحكمة . فيقوم قلم الكتاب بقيد الدعوى فى اليوم نفسه فى السجل الخاص بذلك بعد أن يستوفى الرسم كاملا . وبهذا يتم قيد الدعوى . ويصبح العمل الأخير من الأعمال الثلاثة التى يجب على الشفيع القيام بها فى ميعاد الثلاثين يوما هو العمل الأول . ثم يودع الشفيع الثمن خزانة المحكمة . وبهذا يتم الإيداع وهو العمل الثانى . ثم يتسلم الشفيع من قلم كتاب المحكمة أصل صحيفة الدعوى وصورها ويقدمها إلى قلم المحضرين . وبمجرد تقديمها إلى قلم المحضرين يكون قد قطع مدة الثلاثين يوما فينقطع سريان هذه المدة . وعلى ذلك يكفيه أن يقوم . فى خلال الثلاثين يوما . بقيد الدعوى وإيداع الثمن وتقديم صحيفة الدعوى وصورها إلى قلم المحضرين ، فيطمئن بذلك إلى أنه قد قام بالقيد والإيداع ورفع الدعوى فى الميعاد القانونى . ويستطيع .

(١) أما نصوص تقنين المرافعات المتعلقة برفع الدعوى وقيده . قبل تعديلهما بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ . فكانت تجرى على الوجه الآتى :

م ٦٩ مرافعات : ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تعلن للمدعى عليه على يد أحد المحضرين ، ما لم يقض القانون بغير ذلك .

م ٧٥ مرافعات : على المدعى ، بعد تسليمه أصل الصحيفة المعلنة ، أن يقدمه لقلم الكتاب لتقيد الدعوى بجدول المحكمة فى اليوم السابق لتاريخ الجلسة المحددة لنظرها على الأكثر . والمدعى عليه أن يطلب قيد الدعوى يوم الجلسة نفسه بتقديم الصورة المعلنة له ، إذا لم يقيد المدعى . وتقيد الدعوى التى يكون فيها التكليف بالحضور من ساعة إلى ساعة فى الجلسة نفسها .

م ٧٦ مرافعات : يجوز لرئيس الجلسة أن يأذن بقيد الدعوى فى يوم الجلسة نفسه ، إذا وجد لذلك مقتضيا .

م ٧٧ مرافعات : إذا سبق دفع الرسم بأكمله قبل إعلان صحيفة الدعوى ، وجب على قلم المحضرين تسليم الأصل لقلم الكتاب بعد إعلانه ، وعلى قلم الكتاب إجراء القيد من تلقاء نفسه .

م ٧٨ مرافعات : إذا لم تقيد الدعوى فى اليوم المعين للجلسة ، جاز للمدعى أو المدعى عليه تحديد جلسة أخرى وإعلان خصمه بها . وإذا لم تقيد الدعوى خلال سنة من تاريخ الجلسة الأولى التى سبق تحديدها ، اعتبرت الدعوى كأن لم تكن .

في شيء من الجهد ، أن يقوم بهذه الأعمال الثلاثة في يوم واحد^(١) . فينتفع بميعاد الثلاثين يوماً كاملاً لكل منها ، إذا كان هذا اليوم هو اليوم الأخير من الميعاد^(٢) . ثم يقوم قلم المحضرين ، بعد أن يتسلم من الشفيع صحيفة الدعوى وصورها ، بإعلان الصحيفة في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسليمها أو قبل اليوم المحدد للجلسة إذا حدد قبل ذلك (م ٧٧ مرافعات معدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢) . ولكن مدة الإعلان هذه لا تحسب على الشفيع ضمن ميعاد الثلاثين يوماً . إذ أن هذا الميعاد يكون قد انقطع بتقديم صحيفة الدعوى وصورها إلى قلم المحضرين كما سبق القول .

ويكون إعلان صحيفة دعوى الشفعة في موطن كل من المشتري والبائع أى في المحل الذي يقيم فيه^(٣) ، على الوجه الذي بيناه في إعلان الرغبة في الأخذ الأخذ بالشفعة^(٤) . وبحسب ميعاد الثلاثين يوماً الواجب في خلالها قيد الدعوى

(١) ولا يشترط أن يكون هناك فاصل بين هذه الأعمال الثلاثة ، ولو بيوم واحد . وقد قضت محكمة النقض ، قبل تعديل تقنين المرافعات بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، بأن نص المادة ٢٠٩٤٢ مدني تضمن شرطين ، أولهما أن يودع الشفيع اثنتين الحقيق خزانة المحكمة خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة ، والثاني أن يكون هذا الإيداع سابقاً على رفع الدعوى . وقد هدف المشرع من حصول هذا الإيداع قبل رفع الدعوى إلى ضمان الجدية في طلب الشفعة . ولم يحدد فاصلاً زمنياً معيناً بين الإيداع ورفع الدعوى . فاشتراط حصول الإيداع في اليوم السابق هو قيد آخر لا يحتمله النص ، ولا يتفق مع فكرة التيسير في الميعاد التي أخذ بها الشارع (نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة النقض ١٢ رقم ٩٦ ص ٦١٩) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١١ .

(٣) وإذا ترك المشتري محل إقامته المبين في عقد البيع . ولم يبين محل إقامته الجديد ، أعلنه الشفيع بدعوى الشفعة في النيابة ، وإلا سقط حق الشفيع إذا ترك الميعاد ينتقضي دون إعلانه على هذا الوجه (استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٥٢ ص ١٠٢٠) .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٥ - وقبل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ كان يجب إعلان صحيفة الدعوى إلى كل من البائع والمشتري في خلال الثلاثين يوماً ، فإذا وصل الإعلان إلى أحدهما في الميعاد القانوني ووصل إلى الآخر بعد هذا الميعاد ، سقط حق الشفيع . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه لا تعتبر دعوى الشفعة قائمة إلا من تاريخ إعلان البائع والمشتري فيها ، وإذن متى كان المشتري قد أعلن بالدعوى في تاريخ لاحق لإعلان البائع ، فإن الدعوى لا تكون قد رفعت إلا من وقت إعلان المشتري (نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣١ ص ٨٦٧) .

ورفعها من اليوم التالى لليوم الذى أعلن فيه كل من المشتري والبائع بالرغبة فى الأخذ بالشفعة . فإذا أعلننا فى يومين مختلفين فالعبرة باليوم المتأخر منهما على النحو الذى بيناه فى حساب الميعاد بالنسبة إلى إيداع الثمن ^(١) . وبحسب اليوم الأخير . فيجب على الشفيع أن يقدم إلى قلم المحضرين أصل صحيفة الدعوى وصورها . بعد أن يقيد قلم الكتاب الدعوى على الوجه الذى قدمناه ، فى ميعاد نهايته اليوم الثلاثون من اليوم التالى لليوم الذى أعلن فيه كل من المشتري والبائع بالرغبة فى الأخذ بالشفعة . ولم ينص القانون هنا ، كما نص فى ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة . على إضافة ميعاد للمسافة إذا اقتضى الأمر ذلك . وبعد تعديل نصوص تقنين المرافعات بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، بما جعل الأمر بالنسبة إلى الشفيع ينتهى بتقديم صحيفة الدعوى وصورها إلى قلم المحضرين فتنتقطع مدة الثلاثين يوماً عند ذلك . لم يعد الشفيع فى حاجة إلى إضافة ميعاد للمسافة . إذ اصحت العبرة بتقديم صحيفة الدعوى إلى قلم المحضرين . لا بإعلانها فعلاً إلى البائع والمشتري حتى يكون هناك محل لإضافة ميعاد للمسافة . أما قبل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ . حيث كان يجب أن يتم إعلان البائع والمشتري فعلاً فى خلال الثلاثين يوماً . فالظاهر أنه كان يجب إضافة ميعاد للمسافة بالرغم من عدم النص على هذا الميعاد كما نص عليه فى ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، وذلك أنه يوجد نص عام فى تقنين المرافعات على مواعيد المسافة ورد فى المادتين ٢١ و ٢٢ من هذا التقنين ، فيكتفى بهذا النص العام لإضافة ميعاد للمسافة دون حاجة إلى نص خاص فى ذلك ^(٢) . وإذا وقع

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١١ - وانظر نقص مدنى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٠ ص ٤٩٠ - ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٥ ص ٥١٦ - وإذا أعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة أولاً بكتاب موصى عليه ، ثم صحح الشكل فأعلن رغبته بورقة رسمية على يد محضر فى الميعاد القانونى . فالعبرة فى حساب الثلاثين يوماً أن تبدأ هذه المدة من تاريخ الإعلان على يد محضر لا من تاريخ الكتاب الموصى عليه (نقص مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٦ ص ٦٩٨) .

(٢) أنظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٠٦ ص ٥١٦ - ص ٥١٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٢ ص ٤٨٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٧ ص ٣٥١ - وانظر عكس ذلك وأن المشرع قد قصد عدم إضافة ميعاد للمسافة إلى ميعاد الثلاثين يوماً ونص صراحة على إضافة ميعاد للمسافة إلى ميعاد الخمسة عشر يوماً من يوم الإنذار الرسمى بوقوع البيع ، لأن =

اليوم الأخير من ميعاد الثلاثين يوماً في يوم عطلة رسمية ، امتد الميعاد إلى أول يوم عمل يلي انتهاء العطلة . على الوجه الذى بيناه فى ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة (١) ، وميعاد الثلاثين يوماً ليس مدة تقادم بل مدة سقوط (٢) ، فيسرى حتى على الغائبين ومن كان غير كامل الأهلية ، ولا يقبل الوقف كما لا يقبل الانقطاع إلا بتقديم صحيفة الدعوى إلى قلم المحضرين على الوجه الذى سبق بيانه .

وغنى عن البيان أن الشفيع إذا لم يقوم برفع دعوى الشفعة وقيدها فى الميعاد القانونى على الوجه الذى بسطناه ، فإن حقه فى الشفعة يسقط . كما هو صريح نص المادة ٩٤٣ مدنى فيما قدمناه (٣) . فإن هذا النص يقول كما رأينا : « وإلا سقط الحق فيها » (٤) . ويستطيع المشتري أو البائع أن يدفع بسقوط حق

=الشفيع يكون قد فوجئ* بالعلم بالبيع فى الحالة الأخيرة ولا مفاجأة فى الحالة الأولى : طنطا الكلية ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ١٩٠ ص ٨١٥ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١ - عكس ذلك أيضاً فى عهد قانون الشفعة السابق : أسبوط استثنائى ١٨ يابر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٤٨ ص ٤٣٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١ - شفيق شحاتة فقرة ٢٧٥ ص ٢٨٤ .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٦ - وانظر نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٣ ص ٣٧٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٤٨ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٠٦ ص ٥١٧ - ص ٥١٨ - وانظر عكس ذلك وأن الميعاد لا يمتد حتى لو كانت نهيته يوم عطلة رسمية استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٥٥ ص ٧٣٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٤٩

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢١٧ .

(٤) ولا يعتبر تعديل الطلبات فى دعوى الشفعة دعوى جديدة مرفوعة بعد الميعاد ، إذا كانت الطلبات الأصلية لم توجد لبساً عند المشتري فى حقيقة العقار المطلوب أخذه بالشفعة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رفع الشفيع دعواه بطلب الشفعة فى الأطلان المبعة ، ثم تبين أنه أخطأ فى البيانات التى أوردها فى صحيفة الدعوى عن حدود هذه الأطلان ورقم القطعة من الخوض الواقعة فيه فعدل طلباته بما يتفق والبيانات الصحيحة ، وكان دفاع المشتري يفيد أنه قد اعتبر الدعوى مرفوعة من بادىء الأمر بطلب الشفعة فى هذه الأطلان ، فلم يلتبس عليه الأمر بالرغم مما لا بس البيانات التى أوردها الشفيع فى صحيفة الدعوى من أخطاء لم تؤثر على ماتلاقى عنده قصد الشفيع من دعواه وفهم المشتري لها ، فإن الحكم يكون معيياً إذا قضى بسقوط حق الشفيع فى الشفعة تأسيساً على أن تعديل الطلبات فى هذه الحالة يعتبر رفعاً للدعوى بطلبات جديدة تخالف الطلبات الواردة فى صحيفة افتتاح الدعوى ، وأن هذا التعديل قد جاء بعد مضي أكثر من أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١١١ ص ٩٧٩) .

الشفعة لهذا السبب في أية حالة كانت عليها الدعوى ، كما يجوز إبداء هذا الدفع لأول مرة ولو أمام محكمة النقض . وللمحكمة أن تقضى بسقوط الشفعة من تلقاء نفسها حتى لو نزل صاحب الحق عن التمسك به (١) . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في الجزاء المترتب على عدم إيداع الثمن في الميعاد القانوني (٢).

٢٢١ - المحكم في الدعوى على وجه السرعة : جاء في آخر المادة ٩٤٣

مدني ، كما رأينا (٣) . في خصوص دعوى الشفعة : « ويحكم في الدعوى على وجه السرعة » (٤) . وكان تقنين المرافعات الجديد يشتمل على أحكام خاصة بالدعوى التي يحكم فيها « على وجه السرعة » . وقد حورت هذه الأحكام لما عدل تقنين المرافعات بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ .

فقبل تعديل تقنين المرافعات بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، كانت أهم الأحكام الخاصة بالدعوى التي يحكم فيها على وجه السرعة ، ومنها دعوى الشفعة ، هي ما يأتي : (١) ما نصت عليه المادة ١١٨ مرافعات من أن كل الدعوى التي ينص القانون على وجوب الفصل فيها على وجه السرعة « تقدم مباشرة إلى المحكمة دون عرضها على التحضير ، ويتعين على المدعى فيها أن يودع مستنداته قلم الكتاب عند قيد دعواه ، ويقدم المدعى عليه ما يكون لديه من مستندات في جلسة المرافعة نفسها . وفي جميع الأحوال تعطى المحكمة

(١) أسيوط الكلية ١٣ يونيو سنة ١٩٣٧ المحامة ١٨ رقم ١٨٨ ص ٣٦٩ - محمد كامل

مرسى ٣ فقرة ٤٤٧ ص ٤٤٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٦ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢١٧ .

(٤) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يلى المادة ٩٤٣ مدني هو المادة ١٣٩٢ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « ١ - لتقيل المعارضة في الأحكام الغيابية الصادرة في الشفعة . ٢ - وميعاد استئنافها خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانها » . وفي لجنة المراجعة أدخل تعديل على الفقرة الثانية فأصبحت : « وميعاد الاستئناف خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلان الحكم » . ووافق مجلس النواب على المادة بهذا التعديل . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت المادة « لأنها من صميم المرافعات ، ومشروع قانون المرافعات قد تضمن الحكم بعدم قبول المعارضة في الأحكام الغيابية مادامت الدعوى تنظر على وجه السرعة ، وجعل ميعاد استئنافها عشرة أيام » . ووافق مجلس الشيوخ على حذف المادة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٦ - ص ٤٢٧ في الهامش) .

الخصوم المواعيد المناسبة للاطلاع على المستندات والرد عليها ، وكلما اقتضت الحال تقديم مستندات أو طلبات عارضة أو إدخال خصوم حددت المحكمة المواعيد التي يجب أن يتم فيها ذلك . (٢) ما نصت عليه المادة ٣٨٦ مرافعات من أنه « لا تجوز المعارضة في الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة ولا في المواد التي يوجب القانون الحكم فيها على وجه السرعة » . (٣) ما نصت عليه المادة ٤٠٢ مرافعات من أنه « ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، يكون ميعاد الاستئناف ... ويكون الميعاد عشرة أيام في المواد المستعجلة والمواد التي يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة ، أيا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم » . وقد نصت المادة ٣٧٩ ١ مرافعات على أن « تبدأ مواعيد الطعن من تاريخ إعلان الحكم ما لم ينص القانون على غير ذلك . ويكون الإعلان لنفس المحكوم عليه أو في موطنه الأصلي » . ويتلخص كل ذلك في أن النتائج التي كانت تترتب على نظر دعوى الشفعة « على وجه السرعة » هي أن الدعوى لم تكن تعرض على قاضي التحضير ، ولم يكن الحكم فيها قابلا للمعارضة . وميعاد استئناف الحكم الصادر في الدعوى عشرة أيام تبدأ من تاريخ إعلان الحكم لنفس المحكوم عليه أو في موطنه الأصلي ، وذلك سواء كان الحكم صادرا من محكمة جزئية أو من محكمة كلية (١) .

ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ فأزال التفرقة ما بين الدعاوى العادية والدعاوى التي تنظر على وجه السرعة (٢) . على الوجه الآتي :

(١) ألغى نظام تحضير القضايا بالغاء المواد من ١١٠ إلى ١١٧ مكررة مرافعات . فأصبحت الدعاوى العادية كالدعاوى التي تنظر على وجه السرعة لا تمر بالتحضير . ولكن لم تلغ المادة ١١٨ مرافعات ، فبقيت دعوى الشفعة ، باعتبارها

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٠ - فقرة ٤٦١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٠٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٤ ص ٤٩٠ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون ، في صدد التعديلات الجوهرية التي أدخلها هذا القانون على نصوص تقنين المرافعات ، ما يأتي : « ومن ذلك سرعان ميعاد الطعن في الحكم من تاريخ صدوره ، وإلغاء المعارضة في الأحكام الغيابية كأصل عام ، وإلغاء الآثار القانونية المترتبة على التفرقة بين الدعاوى التي تنظر على الوجه المعتاد والدعاوى التي يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة » .

من الدعاوى التى تنظر على وجه السرعة ، يتعين على الشفيع فيها أن يودع مستنداته قلم الكتاب عند قيد دعواه ، ويقدم المدعى عليه ما يكون لديه من مستندات فى جلسة المرافعات نفسها . (٢) ألغيت المعارضة فى الأحكام . إذ عدلت المادة ٣٨٥ مرافعات على الوجه الآتى : « لا تجوز المعارضة إلا فى الحالات التى ينص عليها القانون » ، وذلك بعد أن عدلت المادة ٩٥ مرافعات على الوجه الآتى : « إذا تخلف المدعى عليه أو المدعى عليهم كلهم أو بعضهم عن الحضور فى الجلسة الأولى ، وجب على المحكمة فى غير الدعاوى المستعجلة تأجيل نظر القضية إلى جلسة تالية يعلن المدعى بها الخصم الغائب ، ويعتبر الحكم فى الدعوى بمثابة حكم حضورى فى حق المدعى عليهم جميعاً . وعلى ذلك تساوت الدعاوى العادية والدعاوى التى تنظر على وجه السرعة ، من حيث عدم جواز المعارضة فى الأحكام الصادرة فى جميع الدعاوى . (٣) أصبح ميعاد استئناف الحكم الصادر فى الدعوى التى تنظر على وجه السرعة هو نفس ميعاد استئناف الحكم الصادر فى الدعوى العادية . إذ عدلت المادة ٤٠٢ مرافعات على الوجه الآتى : « ميعاد الاستئناف ستون يوماً ، ما لم ينص القانون على غير ذلك . ويكون الميعاد خمسة عشر يوماً فى المواد المستعجلة ، أياً كانت المحكمة التى أصدرت الحكم » . وفى مقابل إطالة ميعاد الاستئناف ، جعل هذا الميعاد يسرى من تاريخ صدور الحكم لا من تاريخ إعلانه ، إذ عدلت المادة ٣٧٩ ١ مرافعات على الوجه الآتى : « يبدأ ميعاد الطعن فى الحكم من تاريخ صدوره ، ما لم ينص القانون على غير ذلك » . وعلى ذلك يكون ميعاد استئناف الحكم الصادر فى دعوى الشفعة هو ستون يوماً من وقت صدور الحكم (١) .

ومجمل القول أن دعوى الشفعة ، بعد القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ، أصبحت كغيرها من الدعاوى : لا تمر على قاضى التحضير . ولا تجوز

(١) ويسرى هذا الميعاد الجديد على الأحكام الصادرة فى دعوى الشفعة منذ صيرورة القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ نافذاً ، ولورفعت دعوى الشفعة قبل نفاذ هذا القانون ، إذ العبرة فى حق الاستئناف لمواعيده بالقانون المعمول به عند صدور الحكم ، لا بالقانون الذى كان معمولاً به وقت رفع الدعوى (استئناف وطنى ١٦ مارس سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ رقم ٤١ ص ٨٢ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٥ ص ٦٢ - ٢٠ مايو سنة ١٩٠٢ الاستقلال ٢ رقم ٢ ص ٩ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٢ الاستقلال ٢ رقم ٣ ص ١٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٤ رقم ١٥١ ص ٤٩ - محمد كامل مرسى ٣ ققرة ٤٦٥) .

المعارضة في الحكم الصادر فيها ، وميعاد استئناف الحكم فيها ستون يوماً من تاريخ صدوره . وانحصرت الفائدة من كون دعوى الشفعة تنظر « على وجه السرعة » في سرعة تقديم المستندات : وفي توصية عامة للمحكمة في أن تراعى السرعة في الفصل في الدعوى فلا تكثر من التأجيل وتقصّر مواعيد التأجيلات إذا اقتضاها الأمر (١) .

٢٢٢ - الخصوم في استئناف الحكم الصادر في دعوى الشفعة وفي

الطعن فيه بالنقض : رأينا فيما تقدم (٢) أن الخصوم في دعوى الشفعة هم الشفيع من جانب وكل من المشتري والبائع من جانب آخر . فلا بد إذن أن يدخل الشفيع في الخصومة كلا من المشتري والبائع . وإلا كانت الدعوى غير مقبولة . وكما أن هؤلاء هم الخصوم في محكمة أول درجة ، فانهم يبقون كذلك أمام المحكمة الاستئنافية إذا استؤنف الحكم الصادر في دعوى الشفعة : وأمام محكمة النقض إذا طعن في الحكم بالنقض .

ففيما يتعلق بالاستئناف ، أيا كان الخصم المستأنف ، الشفيع إذا خسر الدعوى والمشتري أو البائع إذا كسب الشفيع الدعوى وقضى له بالشفعة ، يجب على المستأنف ادخال الخصمين الآخرين في الخصومة أمام المحكمة الاستئنافية في الميعاد القانوني (٣) . فإذا كان الشفيع هو المستأنف وجب عليه

(١) عبد المم فرج الصدة فقرة ٣٢٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٧ ص ٣٥١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٨ .

(٣) ولا يجوز أن يقدم في الاستئناف طلبات جديدة (م ٤١١ مرافعات) . وقد قضى بأنه لو كان المطلوب أمام محكمة أول درجة الشفعة في جزء من عقار بنسبة عدد الرؤوس ، ثم طلب كل العقار في المحكمة الاستئنافية ، عد هذا طلباً جديداً فيما زاد على الجزء المطلوب في محكمة أول درجة (استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٥٢٠ - استئناف مصر ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٩٢ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٦٤) . ويكون للشفيع . إذا صدر الحكم الابتدائي لمصلحته أن يتمسك بكل الأسانيد القانونية التي أقام عليها دفاعه أمام محكمة أول درجة . بل ويزيد عليها أسانيد جديدة دون أن يطالب برفع استئناف فرعي . أما إذا لم يقض له بكل الطلبات . فإنه يجب عليه أن يرفع استئنافاً فرعياً فيما لم يقض له به . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع برمته إلى محكمة الاستئناف . وإعادة طرحه مع أسانيد القانونية وأدلة الواقعية . ولذلك يكون للمستأنف عليه الذي صدر الحكم الابتدائي لمصلحته أن يتمسك بكل الأسانيد القانونية التي أقام عليها دفاعه أمام محكمة الدرجة الأولى ، دون أن يكون مطالباً بأن يرفع =

إدخال كل من البائع والمشتري ، وإذا كان المشتري أو البائع هو المستأنف وجب عليه ادخال الشفيع والحصم الآخر (البائع أو المشتري) . والواجب ، في عهد تقنين المرافعات السابق ، إدخال كل من الحصمين الآخرين وإعلانهما بالاستئناف في الميعاد القانوني ، وإلا كان الاستئناف باطلا (١) . وقد كانت

=استئنافاً فرعياً . وذلك إذا كان قد حكم له بطلباته كلها ، إذ في هذه الحالة تكون مصلحته في رفع الاستئناف منعدمة . أما إذا كان لم يحكم له إلا ببعض الطلبات ، فيكون هناك محل للاستئناف للمطالبة بما لم يحكم له به . ويجب في هذا المقام أن يكون المحكوم برفضه طلباً بالمعنى الصحيح في القانون (chef de demande) . فإذا كان المدعى قد أقام دعواه بالشفعة على أنه مالك بالشيوع ، وأن أطيانه تجاوز العقار المشفوع فيه من جهتين ، وأن له عليه حق ارتفاع ، فندبت المحكمة الابتدائية خيراً في الدعوى لتحقيق هذه الأسباب ، ثم قضت للشفيع بطلباته استناداً على ماظهر من تقرير الخبير من ثبوت الجوار بين الحدين ، وعند ما استأنف المشتري هذا الحكم أصر الشفيع أمام محكمة الاستئناف على تمسكه بسببي الشفعة الآخرين وطلب تأييد الحكم المستأنف ، فن الخطأ أن تقول محكمة الاستئناف إن الشفيع بعدم استئنافه الحكم فيما يتعلق بدينك السبين يكون قد انتهى إلى التمسك بسبب الجوار فقط ، وتلفتت بناء على ذلك عن السبين الآخرين اللذين أصر عليهما أمامها (نقض مدني ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٨ ص ١٧) .

(١) وقد قضى بأنه إذا أهمل الشفيع إعلان البائع في ميعاد الاستئناف لم يقبل استئنافه . إلا إذا كان البائع قد انضم إلى الشفيع في طلباته أمام محكمة أول درجة (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩١) . أما إذا كان البائع لم يحضر أمام محكمة أول درجة ، فانه يعتبر معارضاً لدعوى الشفعة (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٢) . وعدم إدخال البائع في الاستئناف يجعل الاستئناف غير مقبول ، حتى لو حضر البائع من تلقاء نفسه أمام محكمة الاستئناف إذا كان حضوره بعد فوات ميعاد الاستئناف ، إذ أن المشتري يكون قد كسب حق دفع الاستئناف بأنه غير مقبول شكلاً ، ومع ذلك يكون حضور البائع من تلقاء نفسه أمام الاستئناف بعد الميعاد مقبولا إذا كان قد انضم إلى الشفيع أمام محكمة أول درجة (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩١ - ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٣) . وإذا كان الاستئناف لايتناول حق الشفعة ذاته ، كأن يتناول المبلغ الذي يجب على الشفيع دفعه كالحق للثمن ، فان إدخال البائع في الاستئناف غير واجب . فإذا أراد المشتري المجادلة في حق الشفعة ذاته ، فان عليه أن يدخل البائع في الدعوى ، وإلا كان استئناف المشتري الفرعي غير مقبول (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٣) . ومع ذلك فقد قضى بأنه إذا كان الاستئناف مرفوعاً من المشتري ، فانه يكون مقبولا ولو لم يعلن البائع ، لأن شرط إعلان البائع لايتلزمه القانون إلا بالنسبة إلى الشفيع (استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٨) . ومصروقات إدخال البائع في الدعوى تكون على الشفيع أو المشتري ، أيهما خسر الدعوى (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٨٨) .

وانظر في كل ذلك محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٢ ص ٤٥١ - ص ٤٥٢ .

محكمة استئناف مصر قد قضت بأن وجوب رفع الدعوى فى ميعاد معين على البائع والمشتري معاً مقصور حكمه على دعوى الشفعة عند رفعها ، أما بعد رفع الدعوى وصدور حكم فيها فإن رفع استئناف عن هذا الحكم لا يخضع لهذه القاعدة الخاصة وإنما يخضع للقواعد العامة المقررة فى باب الاستئناف . لذلك وجب ألا يعاب على الشفيع المستأنف للحكم الصادر فى دعوى الشفعة ، وهى دعوى غير قابلة للتجزئة ، أن يكون قد فاته أن يعلن البائع فى الميعاد القانونى إذا كان قد أعلن المشتري فى الميعاد المذكور . ذلك أن القواعد العامة المقررة فى باب الاستئناف فى الدعاوى غير القابلة للتجزئة تقضى بأنه إذا رفع الاستئناف فى الميعاد بالنسبة إلى واحد من المحكوم لهم ، صح الاستئناف ولو لم يعلن الباقيون إلا بعد الميعاد القانونى (١) . ولكن عندما طعن فى هذا الحكم بالنقض ، لم تقر محكمة النقض محكمة الاستئناف على ما ذهبت إليه ، وقضت بأنه إذا أعلن الشفيع المشتري بالاستئناف فى الميعاد القانونى ، ولم يعلن البائع إلا بعد هذا الميعاد . فإن الاستئناف يكون غير مقبول . ذلك أن القانون فى دعوى الشفعة قد حتم اختصاص أفراد مخصوصين فى الميعاد المعين لها ، فيكون واجباً على الشفيع اختصاصهم فى الميعاد المذكور وإلا كانت دعواه غير مقبولة . والحال كذلك فى الاستئناف . فطلب الشفعة هو طلب موجه إلى البائع والمشتري فى آن واحد . والحكم فى هذا الطلب هو حكم عليهما معاً (٢) . ونرى من ذلك أن

(١) استئناف مصر ٢ فبراير سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٣٣ ص ٦٥ .

(٢) نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣ ص ٢٢ - وقالت محكمة النقض فى أسباب حكمها : «ومن حيث إن المادة ١٥ من قانون الشفعة تنص على وجوب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري معاً وإلا سقط الحق فيها . وإذا لوحظ أن القانون المدنى لم يكن - قبل صدور قانون الشفعة - يقضى بإدخال البائع فى الدعوى ، بل كان يكتفى برفع الدعوى على المشتري فقط ، لزم عن ذلك القول بأن إدخال البائع فى دعوى الشفعة من الأحكام المتعلقة بحق الشفعة نفسه ، أى أنه شرط فى صحة استعماله ، بحيث إذا تخلف هذا الشرط سقط حق الشفعة . وحكمة ذلك أن طلب الشفعة هو طلب موجه فى الحقيقة إلى البائع والمشتري فى آن واحد ، والحكم فى هذا الطلب هو حكم عليهما معاً ، لأن الشفيع بموجب المادة ١٣ من قانون الشفعة يحل بالنسبة إلى البائع محل المشفوع منه فى جميع ما كان له من الحقوق أو عليه من الواجبات . وبهذا يتحول عقد البيع من كونه بين البائع والمشتري إلى كونه بين البائع والشفيع ، فتسقط حقوق البائع قبل المشتري ولا يكون له أن يطالب بها إلا الشفيع الذى -

محكمة النقض قد قررت في عهد قانون الشفعة السابق وتقنين المرافعات السابق أن يختصم الشفيع في الاستئناف كلا من البائع والمشتري ، وأن يعلن كلا منهما بالاستئناف في الميعاد القانوني ، فاذا أعلن أحدهما في الميعاد القانوني والآخر بعد هذا الميعاد كان استئنافه غير مقبول .

ولكن تقنين المرافعات الجديد استحدث نصا هو المادة ٣٨٤ منه وتجرى على الوجه الآتي : « لا يفيد من الطعن إلا من رفعه ، ولا يحتج به إلا على من رفع عليه . على أنه إذا كان الحكم غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن أو

= حل محله . وكما تكون حقوق البائع قبل الشفيع لا قبل المشتري ، يكون كذلك ماعليه من الواجبات باعتباره بائعاً للشفيع لا للمشتري ، فيكون للبائع أن يطالبه بالتمن ويكون عليه أن يضمن له المبيع ، وطلب الحكم بالشفعة هو طلب الحكم بكل ذلك . ومن حيث إن المادة ١٧ (من قانون الشفعة السابق) نصت على أن ميعاد الاستئناف في دعاوى الشفعة خمسة عشر يوماً من يوم إعلان الحكم . ولما كان الاستئناف يعيد الدعوى إلى حالتها الأولى . فانه يجب عند استئناف الحكم الصادر في دعوى الشفعة ، ليكون الاستئناف مقبولا شكلا ، أن يعلن إلى كل من المشتري والبائع في ميعاد الاستئناف الذي يفتحه أحدهما بإعلان الحكم . فاذا كان الحكم قد أعلن من المشتري ، ولم يعلن الشفيع البائع مع المشتري في الميعاد القانوني ، فلا يقبل استئنافه . ولا وجه للقول بأن ميعاد الاستئناف يظل مفتوحاً بالنسبة إلى البائع ، لأنه حتى إذا كان البائع أعلن الشفيع بعد الإعلان الموجه إليه من المشتري فإن ميعاد الاستئناف يبدأ من الإعلان الأول ، إذ أنه في الحالة التي يكون فيها موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة إذا أعلن الحكم كل ذوى الشأن الذين كسبوا الدعوى إلى المحكوم عليه ، وكانت إعلاناتهم في تواريخ مختلفة ، فإن ميعاد الاستئناف يبدأ من أول إعلان . على أنه مادام القانون قد حتم اختصاص أفراد مخصوصين في الدعوى في الميعاد المعين لها ، فانه يكون واجباً على الشفيع اختصاصهم في الميعاد المذكور وإلا كانت دعواه غير مقبولة . والحال كذلك في الاستئناف . ولا يغض من ذلك ما تعرض له الحكم المطعون فيه في شأن قاعدة نسبية الآثار المترتبة على إجراءات المرافعات ، فانه وإن كانت آثار إعلان الأحكام من حيث قبول الاستئناف وعدم قبوله لا تكون إلا بالنسبة إلى المعلن والمعلن إليه من الخصوم في الدعوى عند تعدد المحكوم لهم أو المحكوم عليهم على السواء ، فيما عدا حالي التضامن وعدم إمكان التجزئة ، فالحال هنا تختلف مادام القانون - كما سلف - يستوجب اختصاص المشتري والبائع معاً في دعوى الشفعة في الميعاد المعين لها » (نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣ ص ٢٢) - وانظر أيضاً نقض مدني ١٥ يونيو سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٢٧ رقم ١٢٧ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٢٨ رقم ١٣٠ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٢٨ رقم ١٢٨ - ١٢ مايو سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٢٨ رقم ١٢٩ .

في دعوى يوجب القانون فيها اختصاص أشخاص معينين ، جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع في الميعاد من أحد زملائه منضمًا إليه في طلباته . وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم في الميعاد ، وجب اختصاص الباقيين ولو بعد فواته بالنسبة لهم ولما لم يكن هذا النص موجودا في تقنين المرافعات السابق الذي قررت في عهده محكمة النقض المبدأ المتقدم الذكر ، فالظاهر أن هذا النص الجديد من شأنه أن يعدل من هذا المبدأ . لا يزال من الواجب دون شك أن يختصم الشفيع في الاستئناف كلا من المشتري والبائع وإلا كان استئنافه غير مقبول . ولكنه إذا أعلن أحدهما بالاستئناف في الميعاد القانوني وأعلن الآخر به بعد فوات هذا الميعاد ، كان استئنافه مقبولا . ذلك أن دعوى الشفعة يصدق عليها وصف أنها غير قابلة للتجزئة ووصف أن القانون يوجب فيها اختصاص أشخاص معينين ، فينطبق عليها الاستثناء الوارد في المادة ٣٨٤ مرافعات سالفة الذكر . ومن ثم ينطبق عليها ما ورد في آخر النص من أنه « إذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم في الميعاد ، وجب اختصاص الباقيين ولو بعد فواته بالنسبة لهم » . فاذا أعلن الشفيع الاستئناف إلى المشتري مثلا في الميعاد القانوني ، وجب عليه اختصاص البائع وإعلانه بالاستئناف ولو بعد فوات ميعاد الاستئناف ، ويكون استئنافه مقبولا بالرغم من أنه أعلن للبائع بعد فوات الميعاد (١) .

(١) وقد أقرت محكمة النقض فعلا هذا الرأي ، فقضت بأنه متى كان الاستئناف قد رفع بتكليف بالحضور على اعتبار أن الدعوى التي صدر فيها الحكم المستأنف دعوى شفعة يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة ، وقد اختص المستأنف في صحيفة الاستئناف الشفيع المحكوم له ابتدائياً والبائعين ، وقام بإعلان الاستئناف إلى البائعين بعد فوات الميعاد ، فإن إعلان الاستئناف إلى البائعين بعد فوات الميعاد لا يترتب عليه سقوط الحق في الاستئناف ، لا بالنسبة إلى جميع المستأنف عليهم ولا بالنسبة إلى أيهم ، وذلك تطبيقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٣٨٤ من قانون المرافعات (نقض مدني ٨ أبريل سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٧٧ ص ٤٧٦) - وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣١٠ .

هذا وقد سوى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ بين الدعاوى العادية والدعاوى التي ينظر فيها على وجه السرعة من حيث إن الاستئناف في جميع هذه الدعاوى يرفع « بتكليف بالحضور يراعى فيه الأوضاع المقررة لصحيفة افتتاح الدعوى ، ويجب أن تشمل صحيفته على بيان الحكم المستأنف وأسباب الاستئناف ، وإلا كانت باطلة » (م ١/٤٠٥ مرافعات معدلة بالقانون رقم ١٠٠ -

وفىما يتعلق بالنقض ، لا بد من اختصاص الشفيع والمشتري والبائع ، سواء كان الطاعن هو الشفيع أو المشتري أو البائع . فاذا كان الشفيع هو الطاعن ، فلا بد من أن يوجه الطعن إلى كل من المشتري والبائع ، وأن يعلن كلا منهما بتقدير الطعن في الميعاد القانوني . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن القانون قد أوجب على الشفيع اختصاص المشتري والبائع كليهما معاً في دعوى الشفعة ، وإلا كانت غير مقبولة . وهذا الحكم يسرى على الدعوى في درجتي التقاضى الابتدائية والاستئنافية . ولما كان الطعن بالنقض مرحلة من مراحل الدعوى ينظر فيها من حيث الموضوع عند تصدى محكمة النقض له ، فإن اختصاص المشتري والبائع كليهما في الطعن يكون واجباً كذلك . ولا يغض من هذا النظر ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون الصادر بإنشاء محكمة النقض من أن لرافع النقض الحرية في تعيين الخصوم الذين يراد إدخالهم في الدعوى دون إلزامه بتوجيه الطعن إلى جميع الخصوم في الحكم المطعون فيه ، فإن هذا لا يمكن أن يفيد أنه في دعوى الطعن لا يكون الطاعن ملزماً باختصاص من لا تقبل الدعوى إلا باختصاصه . بل معناه أنه بعد مراعاة مقتضى الحال من اختصاص من يجب قانوناً اختصاصه في الدعوى ، يكون للطاعن أن يقصر الطعن على من يهمله نقض الحكم في حقه . وعلى ذلك إذا لم تعلن البائعة في دعوى الشفعة بتقرير الطعن ، كانت دعوى الطعن بالنقض غير مقبولة . وللنيابة العامة أن تطلب الحكم بعدم

(سنة ١٩٦٢) . وبقيت المادة ٣٨٤ مرافعات كما هي تنطبق على جميع الدعاوى ، بما في ذلك دعوى الشفعة التي تعتبر كما قدمنا دعوى غير قابلة للتجزئة ودعوى يوجب القانون فيها اختصاص أشخاص معينين ، ولم يمس القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ المادة ٣٨٤ مرافعات المذكورة بأى تعديل .

وإذا قضت محكمة أول درجة بسقوط الحق في الشفعة ، فإن الاستئناف المرفوع عن هذا الحكم يطرح الدعوى بما احتوته من طلبات ودفع وأوجه دفاع على محكمة الاستئناف . فلا يجوز لها ، في حالة إلغاء هذا الحكم ، أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لنظر موضوعها من جديد . ولا يغير من هذا الأمر أن يكون سند الحكم بسقوط الحق في الشفعة هو بطلان إعلان أحد الخصوم . وذلك لأن هذا البطلان ليس هو الغاية من الدفع به ، وإنما هو مجرد وسيلة للوصول إلى القضاء بسقوط حق المدعى في الشفعة ، على اعتبار أن الميعاد المحدد لطلبها قضاء قد انقضى دون أن ترفع على البائع والمشتري وفقاً لما يتطلبه القانون ، ومن ثم فلا يصح النظر إلى هذا البطلان مستقلاً عن الغاية من التمسك به والأثر المترتب عليه (نقض مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢١٧ ص ١٣٨٤) .

قبول الطعن ، بسبب عدم صحة اختصاص من لا يصح الطعن إلا باختصاصه (١) .
وقد استقر قضاء محكمة النقض على ذلك ، فقضت بأنه متى كان الطعن مرفوعاً
من أحد ورثة البائعة دون باقي الورثة الذين كانوا خصوماً في الاستئناف ، فإن
الطعن يكون غير مقبول شكلاً (٢) . وقضت كذلك بأن بطلان الطعن بالنسبة
إلى أحد البائعين يترتب عليه حتماً عدم قبوله شكلاً بالنسبة إلى باقي المطعون
عليهم (٣) . وإذا كان الواجب إعلان جميع المطعون عليهم بتقرير الطعن في

- (١) نقض مدني ٦ يونيه سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٢ ص ١٨٩ - وانظر محمد
كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٧ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣١١ ص ٥٢٥ .
- (٢) نقض مدني ١٧ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ١٨٩ ص ٤٣٥ .
- (٣) نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢٨١ ص ٦٤٠ - وانظر أيضاً :
نقض مدني ١٩ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧١ ص ٥٤٣ (لا بد لقبول دعوى
الشفعة من اختصاص الشفع والمشتري والبائع ، سواء في أول درجة أو في الاستئناف أو في
النقض ، وسواء كان رافع الدعوى أو الطاعن في الحكم هو الشفع أو المشتري أو البائع .
فإن رفعها أحدهم في أية مرحلة من مراحلها تلك ولم يخاصم صاحبيه ، قضت المحكمة ولو من
تلقاء نفسها بعدم قبولها ، إذ لا حكم إلا في دعوى ولا دعوى بغير خصم . ذلك بأن الشفعة في
نظر القانون هي تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع ،
فتزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع لتكون
صلته في تلك الحقوق بالشفيع . فهي عملية قانونية تدور بين أطراف ثلاثة ، كل منهم طرف
حقيق ضروري فيها حتى يمكن قانوناً حصول هذا التحويل الواقع في حقوقهم هم الثلاثة
بعضهم على بعض ، ولا يتصور إلا قبل ثلاثتهم جميعاً . فدعوى الشفعة ، والمقصود بها إجراء
عملية هذا التحويل قضاء ، يجب بطبيعة الحال أن تكون دائرة بينهم هم الثلاثة كذلك) - ٤ نوفمبر
سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٤ ص ٦٥٦ - ٢ يونيه سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٨ ص
٧٨٧ (إذا كان اختصاص شخص معين في الطعن بالنقض لازماً لقبوله ، كما هي الحال في دعوى
الشفعة التي يجب قيامها بين أطرافها الثلاثة ، واختصاصه الطاعن في تقرير الطعن ولكنه لم يعلنه
إليه إلا بعد فوات الميعاد المعين لذلك ، كان الطعن باطلاً بالنسبة إليه ، وكان إذن غير مقبول
لعدم اختصاصه) - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٩ ص ١٠١
(إذا كانت الطاعة وهي المشتري ، وإن كانت قد اختصت في طعنها الشفع والبائعين ، أعلنت
الطعن لأحد هذين البائعين بعد انقضاء الميعاد المحدد في القانون لصحة الإعلان ، فإن طعنها
يكون غير مقبول شكلاً ، لأن هذا البائع وقد أعلن إعلاناً باطلاً بعد الميعاد يكون غير مخاصم
في الطعن) - وانظر أيضاً نقض مدني ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٢١٣ -
٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٣ ص ٢٩٦ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٦١
مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٦٠ ص ٤٢٠ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض
١٤ رقم ٨٦ ص ٦١٦ .

الميعاد القانوني في عهد تقنين المرافعات السابق ، ففي عهد تقنين المرافعات الجديد وطبقا للمادة ٣٨٤ من هذا التقنين السالف ذكرها ، إذا أعلن بعض المطعون عليهم بتقرير الطعن في الميعاد القانوني فإنه يجوز إعلان باقي المطعون عليهم بعد فوات هذا الميعاد ، ويكون الطعن في هذه الحالة مقبولا شكلا ، لأن دعوى الشفعة غير قابلة للتجزئة ولأنها من الدعاوى التي يجب أن يختصم فيها أشخاص معينون (١) .

٢٢٣- الحكم النهائي بثبوت الحق في الشفعة وتسيير - نص قانوني :

تنص المادة ٩٤٤ مدني على ما يأتي :

« الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » (٢) .

(١) نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١ - على أن تقرير الطعن بالنقض يجب أن يبين فيه أسماء جميع الخصوم الواجب اختصاصهم ، وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه وإن كانت المادة ٣٨٤ مرافعات تنص على أنه إذا رفع الطعن عن حكم صادر في دعوى يوجب القانون اختصاص أشخاص معينين فيها كما هي الحال في دعوى الشفعة على أحد المحكوم لهم في الميعاد ، وجب اختصاص الباقيين ولو بعد فواته بالنسبة إليهم ، إلا أن هذه المادة مقيدة في الطعن بطريق النقض بما أوجبه المادة ٤٢٩ مرافعات من أن الطعن بالنقض لا يكون إلا بتقرير يحصل في قلم كتاب المحكمة يبين فيه أسماء جميع الخصوم الواجب اختصاصهم . وإذن فمضى تبين أن تقرير الطعن قد خلا من اختصاص البائعة ، فإنه يكون غير مقبول شكلا (نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٩٤ ص ٥٥٢) . وانظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣١١ ص ٥٢٦ - ص ٥٢٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : ١ - الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها . ٢ - ويسرى على تسجيل حكم الشفعة نص المادة ١٣٩٠ الخاصة بتسجيل إعلان الرغبة وما يترتب على هذا الإعلان . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية وعدل حكم الفقرة الأولى بترك أمر تسجيل حكم الشفعة لقواعد الشهر بعد فصلها عن القانون المدني ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ١٠١٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٠ - ص ٤٣١) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق : م ١٨ - الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها .

م ٤/١٤ : ونصوص هذه المادة المختصة بتسجيل الطلب وما يترتب عليه تسرى على تسجيل حكم الشفعة المنصوص عنه في المادة الثانية عشرة الآتي ذكرها . (وقانون الشفعة السابق =

ويخلص من هذا النص أنه إذا صدر حكم نهائي بثبوت حق الشفيع في الشفعة ، فإن هذا الحكم يعتبر سنداً للملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه ، فما هو المقصود بعبارة أن الحكم « يعتبر سنداً للملكية الشفيع » ؟ لقد اقتبس نص المادة ٩٤٤ مدني الذي وردت فيه هذه العبارة من المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق ، إذ كانت هذه المادة الأخيرة تجرى على الوجه الآتي : « الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها » . وقد عرضت محكمة النقض لتفسير عبارة « يعتبر سنداً للملكية الشفيع » الواردة في المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق ، فذهبت إلى أن المقصود « بسند الملكية » هو السبب القانوني المنشئ لحق الملكية ، لا دليل الملكية وحجيتها . ولا شك في أن عبارة « سند الملكية » تحمل المعنيين ، معنى السبب القانوني المنشئ لحق الملكية ومعنى دليل الملكية وحجيتها . وبحسبنا هنا أن ننقل بعض أسباب حكم لمحكمة النقض ، ناقشت فيه هذين المعنيين ، وأخذت بالمعنى الأول دون الثاني . قالت المحكمة : « وحيث إن الطعن مبناه أن الحكم المطعون فيه قد أخطأ في تفسير المادتين ١٣ و ١٨ من قانون الشفعة . . . أما خطأ الحكم في تفسير المادتين ١٣ و ١٨ من قانون الشفعة فوجهه أن الحكم قد استند إلى هاتين

= يجعل المحكمة تسجل من تلقاء نفسها حكم الشفعة ، أما التقنين المدني الجديد فيجعل قانون الشهر العقاري هو الذي يسرى ، فيتبع في تسجيل حكم الشفعة ، الإجراءات المقررة في هذا القانون) . ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لامقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٤١ : يثبت ملك الشفيع للمشفوع عند تنفيذ الحكم القاضي بالشفعة بالتسجيل في دائرة الطابو ، أو عند التسجيل في الطابو في حالة التراضي على الشفعة . (والتقنين العراقي ، طبقاً لأحكام الطابو أو السجل العيني ، لا ينقل ملك العقار المشفوع فيه للشفيع إلا بالتسجيل في الطابو ، والذي يسجل هو الحكم القاضي بثبوت الشفعة أو سند التراضي على الشفعة) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٢ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : يثبت حق الشفعة ويكتسب الشفيع حق التسجيل ، إما بتسليمه العقار المشفوع برضا المشتري بعد دفع الثمن وتوايحه المعينة بالمادة ٢٤٩ ، وإما بحكم صادر لمصلحة الشفيع . (والقانون اللبناني ، طبقاً لأحكام السجل العيني ، يوجب تسجيل الحكم بالشفعة أو التراضي عليها في السجل العيني حتى تنتقل الملكية إلى الشفيع) .

المادتين في القول بأن حكم الشفعة ينشئ ملكية الشفيع ولا يقررها ، في حين أن التفسير الصحيح لهاتين المادتين لا يؤدي إلى ما استخلصته المحكمة منها . ذلك لأن المادة ١٨ تنص على أن الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع ، وهذا النص لا يفيد أكثر من أن حكم الشفعة هو دليل الشفيع على ملكية العين المشفوعة ، كما أن حكم القسمة هو دليل المتقاسم على ملكية ما اختص به في القسمة . أما سبب الملكية ، وهو غير دليلها ، فسابق على الحكم في كلتا الحالتين . . . والشفيع في ذلك شبيه بصاحب حق الاسترداد الوراثي ، والحكم له ، فيما هو مجمع عليه في فرنسا وفي مصر ، يقرر حقه ولا ينشئه ، وأثره لا يبدأ من يوم صدوره بل يرجع إلى يوم البيع الذي حل فيه المسترد محل المشتري وحيث إن الشارع إذا كان قد نص في المادة ١٨ من قانون الشفعة على أن حكم الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع (titre de propriété) فإنه لم يرد بهذا النص أن يعتبر الحكم المذكور حجة أو دليلا على الملكية التي قضى بها ، وإلا لكان هذا النص عبثا مع وجود المادة ٢٣٢ التي نصت على حجية الأحكام . بل الذي أراده الشارع هو اعتبار حكم الشفعة سببا قانونيا (cause juridique) للملكية الشفيع ، كما أراد بنص المادة ٥٨٧ من قانون المرافعات اعتبار حكم البيع سببا قانونيا للملكية من رسا عليه المزاد ، وكما أراد بنص المادة ٦٠٨ من القانون المدني اعتبار مجرد وضع اليد سببا صحيحا للملكية واطع اليد على المنقول . وكلمة سند (titre) التي وردت في هذه النصوص كلها إنما جاءت على معنى السبب القانوني المنشئ لحق الملكية ، ولم تجيء على معنى دليل الملكية أو حجيتها ، ومتى كان حكم الشفعة في نظر القانون هو سبب ملكية الشفيع ومنشأها ، فإن مقتضى هذا النظر ولازمه ألا يصير المشفوع إلى ملك الشفيع إلا بعد الحكم . أما قبله فلا ، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه ، ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشئا للحقوق لا ينسحب على الماضي ^(١) .

ونقتصر هنا على تسجيل المعنيين المختلفين لمعنى عبارة « سند ملكية الشفيع » ، وعلى الإشارة إلى أن قضاء محكمة النقض قد استقر على الأخذ بأن السند معناه

(١) نقض ملق ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمره رقم ١٠٣ ص ٢٢٠ .

السبب القانوني المنشئ للملكية الشفيع ، على أن نعود إلى مناقشة هذه المسألة فيما يلي (١) .

بقي تسجيل الحكم النهائي بثبوت الشفعة . وقد كان قانون الشفعة السابق يقضى في المادة ١٨ منه ، كما رأينا ، بأن « على المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها » . وكان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٤٤ من التقنين المدني الجديد يقضى بنفس الحكم ، ولكن لجنة المراجعة عدلت النص بأن تركزت « أمر تسجيل حكم الشفعة لقواعد الشهر بعد فصلها عن القانون المدني » (٢) . والقواعد المقررة في قانون الشهر العقاري لسنة ١٩٤٦ تقضى بأن « تتم إجراءات الشهر في جميع الأحوال بناء على طلب ذوى الشأن أو من يقوم مقامهم » (م ٢٠ من قانون الشهر العقاري) . وعلى ذلك لا تقوم المحكمة من تلقاء نفسها بتسجيل حكم الشفعة كما كانت الحال في قانون الشفعة السابق ، بل يقوم الشفيع وهو صاحب الشأن في التسجيل مباشرة بإجراءاته (٣) . ويباشرها وفقاً للقواعد المقررة في قانون الشهر العقاري (٤) ، فيقدم طلب التسجيل للأمورية الشهر العقاري التي يقع العقار المشفوع فيه في دائرة اختصاصها (م ٢١ قانون الشهر العقاري) ، ويتم التسجيل في مكتب الشهر العقاري الذي تتبعه هذه الأمور (م ٥ من قانون الشهر العقاري) .

(١) انظر فقرة ٢٢٩ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٦٩٥ هامش ٢ .

(٣) حتى قبل نفاذ التقنين المدني الجديد في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، كانت المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق التي تقضى بأن تسجل المحكمة من تلقاء نفسها حكم الشفعة قد عدلت بالمادة ٢٠ من قانون الشهر العقاري الذي أصبح نافذاً منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ ، فأصبح الذي يقوم بتسجيل حكم الشفعة هو الشفيع صاحب الشأن في التسجيل ، ولا تقوم به المحكمة من تلقاء نفسها . وكذلك كانت المادة ٤/١٤ من قانون الشفعة السابق التي تقضى بأن يكون تسجيل حكم الشفعة يتم في الجهة التي يتم فيها تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أى في المحاكم الوطنية والمحاكم المختلطة ، قد ألغيت ، لأن قانون الشهر العقاري وهو يلغى كل نص يخالف أحكامه (م ٦٠ من قانون الشهر العقاري) يقضى بأن يحصل التسجيل في مكتب الشهر العقاري الذي يقع العقار في دائرة اختصاصه (م ٥ من قانون الشهر العقاري) . ولذلك عند ما صدر التقنين المدني الجديد يقضى في المادة ٩٤٤ منه بأن يتم تسجيل حكم الشفعة «دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل» ، إنما كان يقرر أمراً قد وقع بالفعل منذ نفاذ قانون الشهر العقاري . أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٨ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ١٥٢ وما بعدها .

وإذا سائرنا محكمة النقض واعتبرنا حكم الشفعة منشأ للملكية الشفيع ، فإن تسجيل هذا الحكم يجرى تطبيقاً للمادة ٩ من قانون الشهر العقاري ، وتنص على أن « جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب شهرها بطريق التسجيل » (١) . فقبل تسجيل حكم الشفعة ، لا تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم (١) . فقبل تسجيل حكم الشفعة ، لا تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى الغير . فإذا ما سجل الحكم ، انتقلت الملكية إلى الشفيع ، ويكون انتقالها من وقت التسجيل ، سواء بالنسبة إلى الغير أو بين ذوي الشأن ، طبقاً للرأى الذى استقر عليه قضاء محكمة النقض فى خصوص نفي الأثر الرجعى للتسجيل بين ذوي الشأن .

وإذا قلنا إن حكم الشفعة ليس منشأ للملكية الشفيع ، وإنما هو كاشف عن ثبوت حق الشفيع فى الشفعة كما سيجىء (٢) ، شأنه فى ذلك شأن سائر الأحكام تكشف عن الحق لا تنشئه . فتسجيله لا يمكن أن يكون على اعتبار أنه حكم منشئ . كذلك لا يمكن أن يكون على اعتبار أنه حكم بتصرف ، ناقلاً كان هذا التصرف أو كاشفاً (٣) ، لأنه لا يقضى بحصول تصرف ما ، وإنما يقضى بحصول واقعة الشفعة وهى واقعة مركبة وليست تصرفاً محضاً كما سبق القول . وقد كان يحسن إفراد نص خاص فى قانون الشهر العقاري يقضى بوجوب تسجيل حكم الشفعة حتى تنتقل الملكية إلى الشفيع ، فيكون هذا النص هو الذى تشير إليه المادة ٩٤٤ مدنى عندما تقول «دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل» . وقد تدارك قانون السجل العيني هذا النقص ، فأورد هذا النص الخاص وربط فيه ما بين تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وتسجيل الحكم بالشفعة ، فنصت المادة ٣٦ من هذا القانون على أنه « يجب التأشير بإعلان الرغبة فى الأخذ

(١) أنظر آنفاً ص ٣٥٥ - وانظر حامد فهمى فى نظرية التصرفات الإقرارية والإتشائية

القانون والاقتصاد السنة الأولى فقرة ٢٢ .

(٢) أنظر مايل ص ٧٢٦ .

(٣) قارن محمد على مروة ٢ فقرة ٢١٥ ص ٥٢٤ .

بالشفعة في صحف الوحدات العقارية ، ويترتب على ذلك أنه إذا تقرر حق الشفيع بحكم قيد في السجل أن يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداءً من تاريخ التأشير المذكور « (١) . وما دام هذا النص لم يوجد في قانون الشهر العقاري ، فإن أقرب نصوصه إلى تسجيل حكم الشفعة هو النص القاضي بتسجيل « دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية » (م ٢/١٥ من قانون الشهر العقاري) . فالحكم بالشفعة هو حكم بحلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع الذي تم ما بين المشتري والبائع . ولما كان عقد البيع هذا واجب التسجيل حتى تنتقل الملكية إلى المشتري ، ولما كان حكم الشفعة قد كشف عن أنه الشفيع قد حل محل المشتري بالرغم من منازعة المشتري والبائع في ذلك ، فيكون حكم الشفعة هو حكم بأن التعاقد قد وقع للشفيع دون المشتري . فهو بمثابة حكم بصحة التعاقد ، ولكن لا لمصلحة المشتري الأصلي بل لمصلحة الشفيع . ومن ثم وجب تسجيله كما يسجل الحكم بصحة التعاقد ، حتى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه بهذا التسجيل من البائع إلى الشفيع ، بدلا من انتقالها من البائع إلى المشتري . وكما أن الحكم بصحة التعاقد في البيع يجعل منه المشتري سندا يغنيه عن عقد البيع الصالح للتسجيل ، فيسجله فتنقل إليه ملكية المبيع ، كذلك الحكم بالشفعة يجعل منه الشفيع سندا يغنيه عن عقد بيع يصدر له من البائع ، فيسجله فتنقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه . وفي دعوى صحة التعاقد يسجل المشتري صحيفة الدعوى (٢) ، أما في دعوى الشفعة فلا يسجل الشفيع صحيفة الدعوى ولكنه يسجل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، ويقوم بتسجيل هذا الإعلان مقام تسجيل صحيفة الدعوى .

المبحث الثالث

آثار الأخذ بالشفعة

٢٢٤ - انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع - عمدة الشفيع

بالبائع والمشتري وبالعقار المشفوع : يترتب على ثبوت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة أن تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع ، على التفصيل الذي منبسط

(١) أنظر آنفاً ص ٣٥٥ هامش ٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٤٥ .

فيما يلي . وانتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع إنما هو ذاته نتيجة ترتبت على حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع الذي تم ما بين البائع والمشتري ، فنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع دون المشتري بناء على هذا الحل . وما دام الشفيع قد حل محل المشتري ، فيتعين أنه نحدد ، بعد أن يتم هذا الحل ، علاقة الشفيع بالبائع وعلاقته بالمشتري وعلاقته بالغير (١) .

فنبحث إذن المسألتين الآتيتين : (١) انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع . (٢) علاقة الشفيع بالبائع وبالمشتري وبالغير .

المطلب الأول

انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع

٢٢٥ - النعمة بالتراضي أو بالتقاضي سبب لحلول الشفيع محل المشتري

فانتقال الملكية إليه دون المشتري : قدمنا أن الشفعة واقعة مركبة ، اقترن فيها الشيوع أو الجوار أو أى ارتباط آخر يقوم بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به وهذه واقعة مادية ، ببيع العقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية بالنسبة إلى الشفيع ، بإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانوني (٢) . فهذه الواقعة المركبة تشمل إذن على عناصر ثلاثة : الارتباط ما بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وبيع العقار المشفوع فيه ، وإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة . ومتى تكاملت هذه العناصر الثلاثة ، فقد قامت الشفعة سبباً قانونياً يحدث أثره . والأثر المباشر الذي يترتب على قيام

(١) أما علاقة البائع بالمشتري ، بعد أن يثبت حق الشفيع في الشفعة ويحل الشفيع محل المشتري في عقد البيع المشفوع فيه ، فتلخص في أن هذا البيع فيما بين البائع والمشتري يعتبر كأن لم يكن ، إذ يتحول من كونه بين البائع والمشتري إلى كونه بين البائع والشفيع . ويترتب على ذلك أن المشتري لا يرجع على البائع بضمان الاستحقاق بحجة أن الشفيع قد انتزع منه العقار المشفوع فيه ، ولا يكون البائع مسئولاً عن تعويض المشتري لهذا السبب ، إذ أن البيع الذي كان قد تم بينهما قد زال واعتبر كأن لم يكن كما سبق القول (استئناف مختلط ١٦ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٢٢ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨٢ - وانظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٦٨ ص ٤٥٩) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١ .

الشفعة ، مستكملة لعناصرها الثلاثة ، هو حلول الشفيع محل المشتري في البيع الذي تم ما بين المشتري والبائع . فالمادة ٩٣٥ مدني تنص كما رأينا على أن « الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية » . وتؤكد المادة ١/٩٤٥ مدني ، كما سنرى ، أن الأثر المباشر للشفعة هو حلول الشفيع محل البائع بالنص على أن « محل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته » .

ولما كان استكمال الشفعة لعناصرها الثلاثة المتقدمة الذكر كثيرا ما يكون محل منازعة بين الشفيع من جهة والمشتري والبائع من جهة أخرى ، فقد أراد القانون أن يقف عند دلالة قاطعة لانحسام هذا النزاع ، إما عن طريق تسليم المشتري باستكمال الشفعة لعناصرها وهذه هي الشفعة بالتراضي ، أو عن طريق حكم قضائي يحسم النزاع نهائيا وهذه هي الشفعة بالتقاضي . فالتراضي أو التقاضي ليس من شأنه أن يقيم الشفعة سببا لإنتاج أثرها ، بل هو مجرد فض للنزاع والتدليل بوجه قاطع على أن الشفعة قد قامت فعلا مستكملة لعناصرها الثلاثة . ولم يطلب القانون في التراضي إلا تسليم المشتري بأن الشفعة قد استكملت عناصرها الثلاثة ، وأن الشفيع قد ثبت له حق الأخذ بالشفعة . أما في التقاضي فقد رسم القانون لدعوى الشفعة إجراءات خاصة وحدد لها مواعيد معينة تقدم بيانها تفصيلا ، فإذا مارعاها الشفيع انتهى إلى حكم يقضي بثبوت حقه في الشفعة ، أي بتقرير أن الشفعة قد استكملت عناصرها الثلاثة وأن الشفيع قد ثبت له حق الأخذ بالشفعة .

وسواء كان الدليل القاطع على أن الشفعة قد استكملت عناصرها الثلاثة هو التراضي أو التقاضي ، فإن الشفعة تنتج أثرها المباشر ، وهو حلول الشفيع محل المشتري ، منذ أن تستكمل عناصرها الثلاثة التي تنتهي بإبداء الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة . فتمت أبدى الشفيع هذه الرغبة ، وأعلنها لكل من المشتري والبائع على الوجه الذي رسمه القانون والذي سبق أن بسطناها ، فقد حل الشفيع بحكم القانون محل المشتري في البيع المشفوع فيه ، وتحولت الصفقة ، بعد أن كانت بين البائع والمشتري ، إلى أن تكون بين البائع والشفيع . ويكون ذلك بطبيعة الحال منذ أن وجدت الصفقة ، أي منذ تمام البيع بين البائع والمشتري .

فالقانون ، متى استكملت الشفعة عناصرها الثلاثة ، يحل الشفع محله المشتري ، ويجعل الشفع هو المشتري منذ البداية ، ويخرج المشتري من الصفقة كأنها لم تنعقد له أصلاً . ويبقى البيع قائماً منذ أن انعقد ، ولكنه يكون بيعاً للمشتري فيه هو الشفع لا المشتري الأصلي . وينتج البيع آثاره فيما بين البائع والشفع ، فيكون للشفع حقوق المشتري وعليه التزاماته ، وذلك منذ أن انعقد البيع كما سبق القول ، لأن المشتري يختفي تماماً ويعتبر كأنه لم يتدخل بتاتا في الصفقة (١) . وتنعقد الصلة مباشرة بين البائع والشفع في نفس البيع الذي سبق أن تم ، فلا يكون المشتري وسيطاً بينهما بعد أن خرج من الصفقة . وعلى ذلك يكون الشفع هو الدائن مباشرة للبائع بحقوق المشتري ، وهو المدين مباشرة للبائع بالتزامات المشتري (٢) .

ومن حقوق المشتري أن تنتقل إليه ملكية العين المبيعة من البائع ، فتنقل إذن ملكية العقار المشفوع فيه مباشرة من البائع إلى الشفع . ولكن متى تنتقل؟ ومتى يحل الشفع محل المشتري؟

٢٢٦ - متى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفع ومتى يحل

الشفع محل المشتري - اختلفوا في الآراء : هذا التحليل لطبيعة الشفعة الذي نقول به ، على بساطته وعلى تمثيه مع النصوص والحلول العملية المسلم بها في الشفعة ، ليس محلاً لاتفاق الآراء .

ولو سلم به ، لا يمكن القول دون تردد إن الشفع ، وقد حل محل المشتري ، تنتقل إليه ملكية العقار المبيع في الوقت الذي كانت تستقل فيه إلى المشتري لو بقي

(١) استئناف مخطوط ٦ يونيو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٣١ - ٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٧٢ - ١٢ يناير سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ٦٦ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٦٢ .
(٢) ويصبح الشفع هو الخلف المباشر للبائع (استئناف مخطوط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٢ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٦٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٤٧ ص ٤٦٤) . فيكون في نفس مركز المشتري وب نفس الشروط ، وعلى ذلك يلتزم بما تعهد به المشتري في عقد شرائه بأن ينشئ في خلال ستة متراً للسكنى على الأرض المبيعة وأن يحافظ على الاستواء الحال وإلا فسخ البيع ، فقل هذا الشرط صحيح ولم يقصد به التحايل لمنع الشفع من استعمال حقه (استئناف مخطوط ١١ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٠٤ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٧٧ ص ٤٦٥) .

هذا في الصفقة مشترى ولم ينتزعا منها الشفع ، والمشتري لا يصبح مالكا للعقار المبيع إلا إذا سجل عقد البيع ، ويكون مالكا من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . أما فيما بينه وبين البائع ، فمن وقت التسجيل أيضا وفقا لما استقر عليه قضاء محكمة النقض ، ومن تمام البيع وفقا للرأى الذى نقول به . وعلى ذلك يجب على الشفع ، حتى تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه من البائع ، أن يسجل السند الذى حل بالنسبة إليه محل سند البيع بالنسبة إلى المشتري ، وهو التراضى على الشفعة إذا تمت بالتراضى (١) أو الحكم بثبوتها إذا أخذت بالتقاضى . فإذا

(١) هذا والتراضى الذى ينتج أثره في إتمام الشفعة هو ذلك الذى يتم بقبول المشتري بعد إبداء الشفع رغبته في الأخذ بالشفعة . وقد قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأنه إذ نص المشرع في المادة ٩٤٠ من القانون المدنى الجديد على أن «يعلم الشفع رغبته في الشفعة إلى كل من البائع والمشتري في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشتري ، وإلا سقط حقه» ، لم يقصد أن يجعل من هذا الإنذار عرضاً ينعقد بموجبه عقد بين المشتري والشفيع يلتزم به الأول بنقل ملكية العين إلى الثانى إذا رد عليه بالقبول . وإنما أراد المشرع أن يقضى على كافة ضروب المنازعات التى كانت تثور في شأن علم الشفع بالبيع المثلث للشفعة ، وأن يتخذ من هذا التاريخ بدءاً لتحديد المدة المقررة لسقوط حق الشفع في الأخذ بالشفعة في حالة عدم إبداء رغبته في خلال تلك المدة ، أو بدءاً لافتتاح إجراءات الشفعة في حالة إبداء رغبته في خلالها . أما التراضى الذى ينتج أثره في إتمام الشفعة ، فهو ذلك الذى يتم بقبول المشتري بعد إبداء الشفع رغبته في الشفعة » (نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص ٤٢٦) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٧٧ ص ٤٦٣ : ويشير إلى حكم استئناف مصر في ٢٠ يناير سنة ١٩٤٦ في القضية رقم ٧٤ سنة ٦٢ قضائية ، وفيها أعلن الشفع رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري بعد فوات ميعاد الخمسة عشر يوماً . ولكن المشتري وقع هو والشفيع على أصل الإعلان إقراراً بأن المشتري قبل التنازل عن الصفقة الشفع لاستحقاقه لها . وبعد ذلك أنذر المشتري الشفع بالعدول عن الإقرار وتمسكه بالصفقة . فرفع الشفع دعوى على المشتري يطالبه فيها بالأرض المبيعة ، ورفع المشتري الدعوى بأن الشفع لم يظهر رغبته في الأخذ بالشفعة إلا بعد انقضاء خمسة عشر يوماً من تاريخ العلم بالبيع . فقضت المحكمة الابتدائية باحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات العلم . ولما استؤنف هذا الحكم ، قضت محكمة الاستئناف بأن الإقرار الذى وقعه المشتري والشفيع باستحقاق الشفع للشفعة هو تسليم الشفع بحقه في الشفعة بالتراضى . وقد تعلق حق الشفع به ، فلا يملك المشتري ولا ورثته الرجوع في هذا التسليم ، حتى لو ثبت أن الشفع لم يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة إلا بعد فوات الميعاد . ولذلك يكون الحكم الابتدائى ، إذ قضى بالتحقيق لإثبات العلم ، في غير محله .

وإذا تم التراضى على الوجه المتقدم ، يثبت حق الشفع بهذا التراضى ، ولا بد من تسجيله حتى تنتقل الملكية إلى الشفع . ولكن حلول الشفع محل المشتري يكون في هذه الحالة أيضاً ، =

سجل هذا السند انتقلت إليه الملكية ، كما كانت تنتقل إلى المشتري بتسجيل سند البيع . وتنتقل الملكية إلى الشفيع من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير ، أما فيما بينه وبين البائع والمشتري فتنقل أيضا من وقت التسجيل وفقا لقضاء محكمة النقض ، ومن وقت تمام البيع الذي حل فيه الشفيع مشتريا بحكم الشفعة وفقا للرأى الذى نقول به .

ولكن الآراء اختلفت فى هذه المسألة . وهى لم تختلف فى الواقع من الأمر فى وقت انتقال الملكية إلى الشفيع ، فهذا الوقت تحدده أحكام التسجيل لأحكام الشفعة . ولا خلاف فى أن ملكية العقار المشفوع فيه لا تنتقل إلى الشفيع إلا بتسجيل حكم الشفعة (أو سند التراضى) ، وتنتقل إليه من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . وإذا كان هناك خلاف فى أن الملكية تنتقل إلى الشفيع فيما بينه وبين البائع والمشتري ، إذا سجل الشفيع سنده ، من وقت التسجيل أو من وقت البيع ، فهذا خلاف واقع لا فى أحكام الشفعة بل فى أحكام التسجيل . والخلاف الواقع فى أحكام الشفعة ، وهو الخلاف الذى نقصده هنا ، هو فى وقت حلول الشفيع محل المشتري ، لا فى وقت انتقال الملكية إلى الشفيع .

فهناك رأى يذهب إلى ما ذهبنا إليه ، ويقول إن الشفيع يحل المشتري من وقت تمام البيع المشفوع فيه^(١) . وهناك رأى ثان يذهب إلى أن الشفيع يحل

= فى رأينا ، من وقت البيع لا من وقت التراضى ولا من وقت إبداء الرغبة . وإذا قام نزاع فى شأن هذا التراضى ورفعت دعوى بهذا النزاع ، فإن هذه الدعوى لا تكون دعوى شفعة تراعى فيها مواعيدها ، لأن الشفعة تمت بالتراضى لا بالتقاضى ، وإنما تكون دعوى نزاع عادية تخضع للأحكام العامة فى الدعاوى (استئناف مخطوط ١٣ يونيه سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٧٥) . وفى حالة التراضى على الشفعة ، يكون سبب كسب الشفيع لملكية العقار هو الشفعة لا بيع يتم بهذا التراضى ، ولذلك لا تجوز شفعة جديدة فى هذا التراضى (شفيع شحاته فقرة ٢٧٨) . (١) استئناف وطنى ١١ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٦٠ ص ١٣٠ (وقد جاء فى أسباب هذا الحكم : وحيث إن الشفعة تثبت بالطالب المستوفى للشرائط اتقانو ، ومتى ثبتت انفسخ البيع للمشتري وحل الشفيع محله ، وأصبح العقار المشفوع فيه ملكاً له من يوم البيع ، ولذلك تسقط جميع الحقوق العينية التى يكون قد قرررها عليه المشتري . وحيث إن الحكم بها للشفيع ليس عبارة إلا عن تقرير صحة الطلب وإلزام المتخاصمين بالنتائج القانونية المترتبة عليها ، فهو من الأحكام المبنية للحقوق لا المنشئة لها) . وقضى أيضاً فى عهد التقنين المدنى السابق بأن القواعد القانونية تقضى بأن الأحكام معلنة ومقررة للحقوق وثبوتها =

محل المشتري من وقت إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من المشتري والبائع (١) . وهناك رأى ثالث يذهب إلى أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت رفع دعوى الشفعة (٢) . ولكن الرأى الذى يستوقفنا طويلا هو الرأى الرابع الذى استقر عليه قضاء محكمة النقض وتابعها فيه جمهور الفقهاء (٣) ، ويذهب إلى أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور الحكم له بثبوت حقه فى الشفعة (أو من وقت التراضى) ، فان هذا الحكم طبقا لهذا الرأى يعتبر

= لا موجدة لها ، بمعنى أن الحق الذى قضى للشخص به يعتبر أنه مكتسب له من يوم وجوده لا من يوم التقضاء له به . وعلى هذه القاعدة يكون الشفيع الذى طلب أخذ العقار بالشفعة مالكا لهذا العقار من يوم حصول البيع ، وهذا يوافق ما نص عليه فى مذهب الإمامين مالك والشافعى من ثبوت ملك الشفيع بمجرد الطلب بعد معرفة الثمن والمبيع ولولم يسلم المشتري أو يستلم الثمن ، وعلى ذلك جاز للورثة تجديد المطالبة بالشفعة (استئناف وطنى ١٥ مارس سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٦١) - وانظر على زكى العرابى فقرة ١١٣ - عبد السلام ذهني فى الأموال فقرة ٥٢٥ .

(١) ويترتب على ذلك أنه إذا استمر المشتري واضعاً يده على العقار المشفوع فيه بعد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، فانه يكون مسئولاً عن الثمار قبل الشفيع من يوم الإعلان إلى يوم التسليم ، بعد خصم المصروفات وأتعاب الإدارة وفوائد ثمن المبيع من يوم الإعلان إلى يوم دفع الثمن (استئناف وطنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣٥ ص ٢٩٧ - استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٢) . وانظر أيضاً حسن كيرة ص ٢٢ - ص ٢٣ (ويذهب إلى أن حق الشفيع يثبت بمجرد إعلان رغبته فى طلب الأخذ بالشفعة ، ولكنه يشترط تسجيل هذا الإعلان حتى تنتقل الملكية إلى الشفيع وحتى يكون هذا مستحقاً للثمار) . وانظر أيضاً أنور سلطان فى مجلة الحقوق ٢ ص ٦٩٩ - وانظر أيضاً فى أن الملكية تنتقل إلى الشفيع من وقت تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة : استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٥٠ - ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩١ - ١٨ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٥٧ .

(٢) محمد على عرفة ٢ فقرة ٣١٣ (ويقول بأن حكم الشفعة يرتد بأثر رجعى إلى الوقت الذى يستكمل فيه الشفيع إجراءات الشفعة وفقاً لنصوص القانون ، إذ أنه عندئذ فقط يمكن القول بأنه كسب مركزاً قانونياً يستند إليه حقه فى تملك العقار المشفوع) .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٨٣ - شفيق شحاتة فقرة ٢٧٦ ص ٢٨٥ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٧٦ ص ٣٨٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٥٩ و فقرة ٤٧٠ ص ٤٨١ - إسماعيل غانم ص ٩٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٩ ص ٥٠١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٢ ص ٣٥٩ - ص ٣٦٠ .

منشأ لحق الشفيع لا كاشفا عنه (١). وقد كنا أشرنا إلى هذا الرأي فيما قدمناه في تفسير عبارة أن حكم الشفعة « يعتبر سندا للملكية الشفيع » (م ٩٤٤ مدني) (٢)، والآن نتولى بسط الرأي بالتفصيل ، وننظر فيه بعد ذلك نظرة تقديرية .

٢٢٧- رأي محكمة النقض - محل الشفيع محل المشتري من وقت صدور

الحكم - بقبول حق في الشفعة لولا هذا الحكم منشئ ، لحق الشفيع لا كاشف

عنه : وقد استقر قضاء محكمة النقض ، كما قدمنا ، على أن الشفيع محل محل المشتري من وقت صدور الحكم له بثبوت حقه في الشفعة ، وبأن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع لا كاشف عنه ، فلا يصير العقار المشفوع فيه إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم . وقد أصدرت في عهد قانون الشفعة السابق حكما أساسيا في هذه المسألة سبقت الإشارة إليه (٣) ، وقضت فيه بأنه إذا كان حق الشفيع في طلب الأخذ بالشفعة إنما ينشأ بالبيع مع قيام المسوغ ، فإن العين المشفوعة لا تصير إلى ملك الشفيع في غير حالة التراضي إلا بالحكم النهائي للقاضي بالشفعة . ولا سند في القانون لدعوى الشفيع ببيع العين عن المدة السابقة للحكم ، ولو كان قد عرض الثمن على المشتري عرضا حقيقيا وأودعه خزانة المحكمة إثر

(١) استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٤ - ٢١ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٠٠ - وكانت محكمة الاستئناف الوطنية بدواثرها المجتمعة قد قضت ، قبل محكمة النقض ، بأن حكم الشفعة ناقل للملك لا مقرر له ، وبأن العقار المشفوع فيه يبقى ملكاً للمشتري إلى أن يصدر الحكم بالشفعة . وقد جاء في أسباب حكمها ما يأتي : « وحيث إن الشفعة أخذت أصلا عن أحكام الشريعة الغراء ، وقال الفقهاء فيها إنها تملك بالتراضي أو بقضاء القاضي دفعا لاحتمال الضرر ، أي أن الشفيع لا يعد مالكا للعقار إلا بناء على تراضيه مع المشتري على أن يتنازل له عما اشتراه لماله من حق الشفعة أو بحكم القاضي ، وحيث يتعين عليه دفع الثمن والمصاريف التي يكون المشتري قد صرفها في سبيل هذا الشراء . وحيث إنه بناء على هذا المبدأ يكون حكم الشفعة ناقلا للملك وليس مقررأ له ، وللمشفوع منه حق الانتفاع بما اشتراه واستغلاله لنفسه حتى يدفع له الشفيع الثمن والمصاريف بناء على التراضي أو حكم القاضي . وحيث إنه متى سلم بأن العين تعتبر ملكاً للمشتري إلى حكم القاضي ، فليس من المسلم به إلزام الشفيع بإبداع المبلغ بالخزانة وتعطيله زمناً بغير استغلال وبغير مسئولية على المشتري الذي له حق الانتفاع بثمره العين مادام النزاع قائماً قصر أوطال » (محكمة الاستئناف الوطنية الدوائر المجتمعة ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٠ ص ٢٦٦) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٣ .

رفضه . ذلك بأن الشارع ، إذ نص في المادة ١٨ من قانون الشفعة على أن حكم الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع ، إنما أراد بالسند السبب القانوني المنشئ لحق الملكية ، لا دليل الملكية أو حجيتها . ومقتضى هذا النظر أو لازمه أن المشفوع لا يصير إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم ، أما قبله فلا ، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه . ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشئا للحقوق لا ينسحب على الماضي . ولا يفيد أن لحكم الشفعة أثرا رجعيا ما جاء في المادة العاشرة من قانون الشفعة مقيد بحق المشتري في البناء والغراس في العين المشفوعة ، ولا ما جاء في المادة الثانية عشرة قاضيا بأنه لا يسرى على الشفيع كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عيني قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد تسجيل طلب الشفعة ، فإن الشارع المصرى إنما أخذ أحكام هاتين المادتين جملة من فقه الحنفية ، وهى مخرجة فيه لا على فكرة الأثر الرجعى بل على فكرة العدل والبعد عن الجور والتوفيق بقدر المستطاع بين ما تعارض من مصلحتى المشتري والشفيع . وكذلك لا يتعارض القول بتملك الشفيع من وقت الحكم بالشفعة مع ما نص عليه في المادة الثالثة عشرة من حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع ، ولا مع ما نص عليه فيها من أن الشفيع ليس له في حالة الاستحقاق أن يرجع إلا على البائع ، فإن هذا لا يعين أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت طلب الشفعة (١) . وصدر بعد ذلك حكم آخر ، فى ظل قانون الشفعة السابق ، يؤكد معنى الحكم الأول ، ويقضى بأن المادة ١٨ من قانون الشفعة القديم نصت على أن الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع ، ومن مقتضى هذا النص أن العين المشفوع فيها لا تصير إلى ملك الشفيع إلا بالحكم النهائى القاضى بالشفعة ، إذ هو سند تملكه . وينبنى على ذلك أن يكون ريع هذه العين من حق المشتري وحده عن المدة السابقة على تاريخ هذا الحكم ، ولا يكون للشفيع حق فيه إلا ابتداء من هذا التاريخ فقط ، حتى لو كان قد عرض الثمن على المشتري عرضا حقيقيا أو أودعه على ذمته خزانة المحكمة إثر رفضه . وبذلك لا يكون هناك محل للتفريق بين حالة ما إذا كانت الشفعة قد قضى بها الحكم الاستثنائى بعد أن

(١) نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٠ .

كان قد رفضها الحكم الابتدائي وحالة ما إذا كان قد قضى بها الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم الاستثنائي ، إذ العبرة في الحالتين بالحكم النهائي سواء أكان ملغياً أم مؤيداً للحكم الابتدائي (١) .

ولم تعدل محكمة النقض عن هذا المبدأ الذي قرره من أن حكم الشفعة منشئ لا كاشف ، حتى بعد أن صدر التقنين المدني الجديد وأوجب على الشفيع إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة . فقضت ، في عهد التقنين المدني الجديد ، بأن قضاء محكمة النقض قد استقر في ظل أحكام دكريتو ٢٣ من مارس سنة ١٩٠١ بقانون الشفعة ، على أن ملكية الشفيع للعين المشفوع فيها لا تنشأ إلا برضاء المشتري بالشفعة أو بالحكم الصادر بها ، وأن هذه الملكية لا يرتد أثرها إلى تاريخ البيع الحاصل للمشتري ولا إلى تاريخ المطالبة بالشفعة . ولم يعدل القانون المدني الجديد شيئاً من أحكام ذلك الدكريتو في هذا الخصوص . فجاء نص المادة ٩٤٤ مطابقاً لنص المادة ١٨ من الدكريتو من أن الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع ، وانتهى المشرع إلى ترك الأمر في تحديد ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل إصدار القانون المدني الجديد . وعلى ذلك لا تنتقل الملكية للشفيع ، في ظل القانون المدني الحالي ، إلا من

(١) نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٧ ص ٣٥١ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٤ ص ٢٩٠ - ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٣ ص ٥١٦ : وقد طق هذان الحكمان أيضاً قانون الشفعة السابق .

فاذا صدر حكم نهائي يقضى بالشفعة ، ثم نقض هذا الحكم ، اعتبر كأن لم يكن . وسقطت جميع الآثار التي ترتبت عليه ، ومنها نقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن نقض الحكم القاضي بالشفعة بترتب عليه اعتباره كأن لم يكن ، وإعادة القضية والخصوم إلى ما كانت وكنوا عليه قبل صدور الحكم المنقوض ، ويقتضي ذلك سقوط جميع الآثار التي ترتبت عليه ، وبطلان كل ما اتخذ من أعمال وإجراءات تنفيذاً له ، وبالتالي يتعين رد ما قبض أو حصل تسلمه من مال أو عقار نتيجة له . وليس يجب رد الأصل فحسب ، بل يجب أيضاً رد فوائد النقود وثمار العقار . وتجب هذه الثمار من يوم إعلان تقرير الطعن بالنقض إلى حائز العقار ، لأن هذا الإعلان لتضمنه معنى التكليف بالحضور لسامع الحكم بنقض الحكم المطعون فيه - سند حيازة الحائز - ولاحتوائه على بيان عيوب هذا السند ، يكون له مثل ما رتبته القانون في المادة ٢/٩٦٦ مدني على إعلان صحيفة الدعوى من أثر في زوال حسن نية الحائز (نقض مدني ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٣ ص ٥١٦) .

تاريخ الحكم بالشفعة (١) . وأكدت المحكمة ، في حكم تال للحكم المتقدم ، المبدأ الذي أخذت به حتى بعد صدور التقنين المدني الجديد ، إذ قضت بأن المشرع ، عندما نظم أحكام الشفعة في التقنين المدني الجديد ، انتهى إلى ترك الأمر في تحديد تاريخ بدء ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل صدور هذا التشريع . فجاء نص المادة ٩٤٤ منه مطابقاً في هذا الصدد لنص المادة ١٨ من قانون الشفعة القديم التي كانت تنص على أن « الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع ، ومؤدى هذا ألا يصير المشفوع إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم . أما ما أورده القانون في المادة ٩٤٢/٢ من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ،

(١) نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٨ ص ٧٩٨ - وقد جاء في أسباب هذا الحكم في خصوص الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الجديد وفي خصوص وجوب إيداع الثمن : « ولا يجدي الطاعن ما ذكره من أن الأعمال التحضيرية للقانون المدني تشير إلى اتجاه المشرع إلى تقرير حق الشفيع في الملكية من تاريخ عقد البيع أو تاريخ تسجيل طلب الشفعة ، لأنه يتبين من المناقشات في لجنة بحث مشروع القانون حول المادة ٩٤٥ أن البحث اتجه إلى أفضلية النص على الوقت الذي يعتبر فيه الشفيع مالِكاً ، واستعرضت الآراء المختلفة للفقه والقضاء في هذا الخصوص بين مؤيد لما جرى عليه قضاء هذه المحكمة وبين معارض له . كما تناول البحث ملكية ثمرات العقار في الفترة بين البيع والحكم بالشفعة ، ولكن الأمر انتهى إلى بقاء نص المادة ٩٤٥ والمادتين ٩٤٤ و ٩٤٧ على ما كانت عليه في مشروع القانون . أما العبارة التي وردت بالمذكرة الإيضاحية للقانون تعليقاً على المادة ٩٤٧ من أن الرأي أن الشفيع يحل محل المشتري في الصفقة ويتملك من وقت البيع الأول ويعتبر المشتري كأن لم يملك أصلاً ، فهي عبارة لا تخرج عن أن تكون رأياً شخصياً لواضع المذكرة ، لتناقضها مع نص المادة ٩٤٤ التي قررت أن الحكم بالشفعة هو سند ملكية الشفيع . ويخلص من ذلك أن المشرع انتهى إلى ترك الأمر في تحديد ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل إصدار القانون المدني الجديد . ولا جدوى في هذا الصدد من التحدث عن قاعدة رجعية منشئة كانت أو مقررة ، مادام أن المشرع قد عدل عن أعمال هذه القاعدة في خصوص الحكم الصادر بالشفعة بما مضى عليه في المادة ٩٤٤ . كما أن ما أورده القانون في المادة ٩٤٢/٢ من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يمتنع عن رغبة المشرع في العلول إلى رأي القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة ، بدليل أن المادة ٩٤٤ التي جاءت تالية للمادة ٩٤٢ قد أفصحت عن رأي المشرع في اعتبار حكم الشفعة هو المنشئ لملكية الشفيع » (نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٨ ص ٨٠٤ - ص ٨٠٥) .

فلم يقصد به تغيير الوضع ، وهو لا ينم عن رغبة المشرع في العدول إلى رأى القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة . وإنما كان ذلك تمشيا مع اتجاهه في التضييق من حق الشفعة ، وضمانا لجدية طلبها . وطالما أن حق الشفيع في العين المشفوع فيها لا يستقر إلا بصدور الحكم له في الشفعة ، فلا محل للقول باستحقاقه للريع ابتداء من تاريخ إيداع الثمن . أما النص في المادة ٩٤٥ من القانون المدني الجديد على حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع ، فهو نص لم يستحدث حكما جديدا ، بل هو مماثل لنص المادة ١٣ من قانون الشفعة القديم . وهو لا يفيد اعتبار الشفيع الذي حكم له بطله حالا محل المشتري في الريع منذ قيام الطلب . إذ اعتباره كذلك ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، لا يجوز إلا على تقدير أثر رجعي لحلوله محل المشتري ، الأمر الذي يتنافى مع ما هو مقرر من أن حكم الشفعة منشىء لا مقرر لحق الشفيع ، مما يمتنع معه القول بحلوله محل المشتري قبل الحكم نهائيا بالشفعة (١) .

٢٢٨- الحجة التي استندت إليها محكمة النقض في القول بأنه الحكم

بالشفعة منشىء لحق الشفيع : وقبل أن ننظر نظرة تقديرية في قضاء محكمة النقض الذي استقر على أن الحكم بالشفعة منشىء لحق الشفيع ، تستعرض الحجة التي استندت إليها المحكمة للقول بذلك .

والحجة الرئيسية التي استندت إليها المحكمة ، والتي رددتها في كثير من المواطن ، هي تفسيرها للمادة ١٨ من قانون الشفعة السابق (المطابقة للمادة ٩٤٤ من التقنين المدني الجديد) ، وهي تنص على أن « الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع » . فالمشرع لم يرد بهذا النص ، على ما تقول محكمة النقض ، « أن يعتبر الحكم المذكور حجة أو دليلاً على الملكية التي قضى بها ، وإلا لكان هذا النص عبثاً مع وجود المادة ٢٣٢ التي نصت على حجية الأحكام . بل الذي أراده الشارع هو اعتبار حكم الشفعة سبباً قانونياً (cause juridique) ، لملكية الشفيع ، كما أراد بنص المادة

(١) نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص ٤٢٦ .

٥٨٧ من قانون المرافعات اعتبار حكم البيع سبباً قانونياً للملكية من رسا عليه المزايا ، وكما أراد بنص المادة ٦٠٨ من القانون المدني اعتبار مجرد وضع اليد سبباً صحيحاً للملكية واضع اليد على المنقول . وكلمة سند Titre التي وردت في هذه النصوص كلها إنما جاءت على معنى السبب القانوني المنشئ لحق الملكية ، ولم تجيء على معنى دليل الملكية أو حجيتها . ومتى كان حكم الشفعة في نظر القانون هو سبب ملكية الشفيع ومنشأها ، فإن مقتضى هذا النظر ولازمه ألا يصير المشفوع إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم ، أما قبله فلا ، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه ، ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشئاً للحقوق لا ينسحب على الماضي « (١) .

ثم ترد المحكمة بعد ذلك على جملة من الاعتراضات وجهت إلى ما ذهبت إليه من رأى ، ونلخص هذه الاعتراضات والردود عليها فيما يلي :

أولاً - ما جاء في المادة ١٠ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٦ مدني جديد) من تقييد حق المشتري في أن يبني وأن يغرس في العين المشفوعة ، وما جاء في المادة ١٢ من نفس القانون (م ٩٤٧ مدني جديد) من عدم سريان تصرفات المشتري في العين المشفوعة في حق الشفيع إذا صدرت بعد تسجيل طلب الشفعة . فلو كان المشتري قد بقي ما لكا حتى صدور الحكم بالشفعة ، كما هو مقتضى ما نذهب إليه محكمة النقض ، لما وردت هذه القيود على حق ملكيته قبل صدور الحكم بالشفعة ما دام هذا الحق يبقى قائماً إلى وقت صدور الحكم . وتنكر محكمة النقض أن تكون هذه القيود نتيجة ترتبت على زوال ملكية المشتري بأثر رجعي إذا صدر الحكم بالشفعة ، فإن المشرع لم يرد « أن يجعل حكم الشفعة ذا أثر رجعي ، لأن هذا الأثر لا يستقيم إلا على تقدير أن مجرد طلب الشفعة يجعل

(١) نقض مدني ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٥ - وتقول محكمة النقض أيضاً في هذا الصدد : « وعلى هذا يكون الحكم المطعون فيه قد أصاب الرأى إذ قال - تأسيساً على المادة ١٨ من قانون الشفعة - إن هناك فرقاً بين حق طلب الشفعة وحق التملك بها ، وإنه إذا كان الحق الأول يوجد بالبيع مع قيام المسوغ ، فإن الحق الثاني لا يوجد إلا بقبول المشتري أو القاضي نيابة عنه . ومن أجل هذا كان حكم الشفعة مقررراً لحق الشفيع في طلب الأخذ ، منشئاً لأثر هذا الطلب في حلول الشفيع محل المشتري على ما نصت عليه المادة ١٣ من قانون الشفعة » (نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٩) .

المشتري مالكا تحت شرط فاسخ هو الحكم بالشفعة ، ويجعل في الوقت نفسه الشفيع ما لكا تحت شرط توفيقى هو الحكم له بطلبه ، بحيث إذا صدر هذا الحكم وتحقق الشرط الفاسخ للملك المشتري والموقف للملك الشفيع ، زالت ملكية المشتري واعتبرت كأن لم تكن ، واعتبر الشفيع ما لكا منذ إعلان طلبه . وهذا تقدير غير مقبول ، لأن حق الشفيع الذى سيتولد عند البيع هو حق متعلق بعقار *jus ad rem* لا حق ملكية ، وهو لا يخول صاحبه إلا مداعاة المشتري بدعوى شخصية . ثم إن الأصل فى التصرفات التنجيز ، والتعليق يثبت بعارض الشرط . والتعليق بالشرط لا يكون إلا فى الالتزامات الاتفاقية . وإذن فلا يمكن أن يثبت للمشتري - الذى اشترى بعقد غير مضاف ولا معلق على شرط ولا مقترن به - ثم سجل عقده - إلا حق ملكية تامة ناجزة تبقى له إلى أن تزول عنه بسبب من الأسباب التى تؤدى إلى هذا الزوال . أما أن تتحول هذه الملكية التامة الناجزة إلى ملكية معلقة لمجرد أن البيع الذى كان علة لها قد ولد حقاً لمن قام به سبب من أسباب الشفعة ، فذلك لا يتأتى قانوناً ^(١) . ثم تبين المحكمة المصدر الذى اشتقت منه هذه الأحكام فتقول إن « الواقع أن الشارع أخذ أحكام هاتين المادتين (١٠ و ١٢ من قانون الشفعة السابق) جملة من فقه الحنفية » ^(٢) .

(١) نفس الحكم مجموعة عمره رقم ١٠٣ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦ .

(٢) وتبين المحكمة ذلك فيما يأتى : « فقد كان رأى عند أبى يوسف أن الشفيع ليس له حق تكليف المشتري بهدم البناء وقلع الشجر ، لكن إذا أصر على الأخذ بالشفعة أخذ العقار بثمنه مضافاً إليه قيمة البناء أو الشجر باقيين على الأرض . ووجه هذا رأى أن المشتري لم يكن فى بنائه ولا فى غرسه متعدياً ، لأنه إنما غرس وبنى فى ملكه . فاذا أراد الشفيع أخذ ملكه جبراً عنه ، وجب ألا يترتب على ذلك ضرر . وليس فى أخذه على هذا الوجه ضرر بأحدهما ، لأن الشفيع يأخذ مازاد فى الأرض بقيمته والمشتري قد عوض عنه بهذه القيمة ، وإذا كان فى إلزام الشفيع بأخذ شئ قد لا يرغب فيه بعض ضرر ، فهو أدنى من ضرر المشتري حين يؤخذ منه البناء والشجر بقيمتيهما مقلوعين ، وعند تعارض الضرر يحتمل الأقل . وكان رأى عند أبى حنيفة أن الشفيع بالخيار إن شاء أخذ الأرض بالثمن والبناء والغرس بقيمته مقلوعاً ، وإن شاء أجبر المشتري على القلع . ووجه هذا رأى أن المشتري كان عليه أن يترىث إلى أن يفصل فى أمر الشفعة ، وإذا لم يفعل وبنى وغرس فى عين تعلق بها حق غيره ، لزمه أن يتحمل ما يترتب على فعله هذا من ضرر . وقد وقف الشارع المصرى بين هذين الرأيين . فأخذ بالثانى فى الحال التى يكون فيها البناء أو الغراس ببلد الطلب ، لأن المشتري يكون قد أقدم على البناء أو الغراس وهو يعلم أن العين قد تؤخذ منه ، فان كلف القلع أو الهدم وحدث له ضرر فهو الجانى على =

ثانياً - ما نصت عليه المادة ١٣ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٥ مدني جديد) من حلول الشفع محل المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع . فيستخلص من هذا الحل أن المشتري يختفي من الصفقة ويحل محله الشفع ، وكأن الشفع لا المشتري هو الذي تعاقد مع البائع منذ إبرام البيع ، فينشأ حق الشفع من هذا الوقت لا من وقت صدور الحكم بالشفعة . وترد محكمة النقض على ذلك بأن حلول الشفع محل المشتري في وقت سابق على صدور الحكم بالشفعة « لا يجوز إلا على تقدير أثر رجعي لحلوله محل المشتري ، وهو تقدير يتنافى مع ما تقرر من قبل من أن حكم الشفعة منشيء لا مقرر لحق الشفع ، لأن لازم كونه منشئاً ألا تتصل العين المشفوعة بملك الشفع إلا بعد الحكم . ولما كانت ملكية الشفع لهذه العين هي جوهر الحق الذي يحل فيه المشتري ، وكان إسناد هذه الملكية للشفع قبل الحكم له بالشفعة ممتنعاً ، فإن حلوله فيها

= نفسه . وأخذ بالرأي الأول إذا كان البناء أو انغراس قبل الطلب ، لأنه عسى أن يكون المشتري غير متوقع الطلب بالشفعة ، ثم هو يتصرف في ملكه . كذلك استمد من هذا الفقه نفسه ما شرع من أحكام للتصرفات القانونية في هذه العين . إذ المقرر في الفقه الحنفي أنه إذا تم عقد البيع بين البائع والمشتري ، ثبت ملك المشتري في المبيع ، ولا ترفعه مطالبة الشفع أن يأخذه بالشفعة ، وإنما يثبت للشفع بهذه المطالبة حق متعلق بالمبيع ، وهذا الحق هو استحقاقه لأخذه جبراً عن المشتري إذا رغب في ذلك وأنفذ تلك الرغبة . وهذا الحق لا يحول بين المشتري وبين التصرف في ملكه . لا فرق في ذلك بين أن يصدر ذلك منه قبل المطالبة بالشفعة وأن يصدر بعدها ، فتعتبر تصرفاته نافذة من وقت تمامها . لكنها مع ذلك تكون عرضة للنقض والإبطال إذا قضى للشفع ، إذ يكون له في هذه الحال أن يعضى هذه التصرفات وأن يفسخها ، بناء على أن المشتري قد تصرف فيما تعلق به حق غيره ، فلا ينفذ تصرفه منعاً للإضرار بالشفع . وهذا الذي قرره علماء الحنفية قد أجرى الشارع المصري حكمه في المادة الثانية عشرة من قانون الشفعة على ما صدر من المشتري من تصرفات في العين المشفوعة بعد تسجيل طلب أخذها بالشفعة ، لأن الشارع ، وقد أوجب تسجيل هذا الطلب ، كان خليقاً بأن يجعل هذا التسجيل شرطاً لحق الشفع في نقض تصرفات المشتري . ومن هذا يبين أن الفقه والحنفي هو مصدر قانون الشفعة فيما شرعه من أحكام المادتين العاشرة والثانية عشرة . ولما كان هذا الفقه لا يعرف الأثر الرجعي ولا الاستناد ، أي ثبوت الحكم في الحال مستنداً إلى ما قبله ، إلا في تصرفات الفضولي إذا أجازت وغيرها مما لا يدخل في باب التعليقات ، وكانت هذه الأحكام بناء على ذلك مخرجه فيه لا على فكرة الأثر الرجعي بل على فكرة العدل والبعد عن الجور والتوفيق بالفدر المستطاع بين ما تعارض من مصلحتي المشتري والشفع ، فإن القول بأن الشارع المصري - الذي أخذ هذه الأحكام معلولة بعلاقتها الفقهية - قد دل بما شرعه منها على جعل حكم الشفعة ذا أثر =

قبل الحكم بالشفعة يكون ممتنعاً أيضاً « (١) . ويعنى ذلك أن حلول الشفيع محل المشتري إنما يكون لامند إبرام البيع ولا مند طلب الشفعة ، بل مند صدور الحكم بالشفعة ، إذ أن هذا الحكم هو الذى ينشئ حق الشفيع وهو سند ملكيته أى مصدرها .

ثالثاً — ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ١٣ من قانون الشفعة السابق (الفقرة الأخيرة من المادة ٩٤٥ مدنى جديد) من أنه « إذا ظهر من الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للغير ، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع » . فرجوع الشفيع مباشرة على البائع بضمان الاستحقاق يفيد أن الصلة انعقدت بينهما مند إبرام البيع ، وحل الشفيع محل المشتري فى هذا الوقت . ولو كانت الصلة لم تنعقد بين البائع والشفيع مند إبرام البيع ولم يحل الشفيع محل المشتري إلا من وقت صدور الحكم بالشفعة كما تقول محكمة النقض ، لبقى المشتري فى الصفقة يتوسط بين البائع والشفيع من وقت إبرام البيع إلى وقت صدور الحكم بالشفعة ، ولتلقى الشفيع الملكية عند صدور هذا الحكم من المشتري لا من البائع ، ولكان رجوعه المباشر بضمان الاستحقاق على المشتري لا على البائع . وترد محكمة النقض على ذلك بأن « الشفيع ، إذ يرجع بالضمان فى حالة الاستحقاق ، إنما يستعمل حقاً من حقوق المشتري الذى حل محله ، ولا يتأتى مع هذا الوضع أن يرجع على المشتري نفسه ، بل الذى يتأتى أن يرجع على البائع الذى ادعى ملك ما باع ثم نقضت دعواه بالاستحقاق . وعلى ذلك فلا تعارض بين نفي الأثر الرجعى لحكم الشفعة واعتبار المشتري مالكا إلى يوم هذا الحكم ، وبين إيجاب الضمان فى حالة الاستحقاق على البائع دون المشتري » (٢)

= رجعى ، يكون قولاً ظاهر الفساد » (نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٦ - ص ٢٢٨) . ثم تقول المحكمة أيضاً فى هذا الصدد : « كذلك لا تعارض بين عدم اعتبار المشتري مالكا إلا يوم الحكم بالشفعة وبين ما جاء من أحكام فى الفقه الإسلامى خاصاً ببناء المشتري أو غرسه فى العين المشفوع ، لأن هذه الأحكام ليس مبناهما عند الحنفية اعتبار المشتري غاصباً ، كما زعم الطاعن فى الوجه الأخير من وجوه الطعن ، بل مبناهما اعتبار المشتري خاطئاً ببنائه أو غرسه فى ملكه الذى تعلق به حق الشفيع » (نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠) .

(١) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٨ .

(٢) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٩ .

رابعاً - ما هو مقرر في شأن حق الاسترداد وهو مماثل لحق الشفعة ، فالمسترد لخصه شائعة محل محل المشتري لهذه الحصّة منذ إبرام البيع الذي حصل بسببه الاسترداد ، وكذلك الشفيع ينبغي أن محل محل المشتري منذ إبرام البيع المشفوع فيه ، لا منذ الحكم بالشفعة كما تقول محكمة النقض . وترد المحكمة على ذلك بأنه إذا كان العمل قد جرى في فرنسا في خصوص حق الاسترداد الوراثي بأن محل المسترد محل المشتري منذ إبرام البيع لا منذ صدور حكم الاسترداد ، « فذلك لأن الشارع هناك لم يجعل حكم الاسترداد منشأ لحق المسترد ، كما جعل الشارع هنا حكم الشفعة منشأ لحق الشفيع » (١) .

خامساً - ما هو مقرر كبداً عام من أن الأحكام كاشفة عن الحقوق لا منشئة لها ، فكذلك حكم الشفعة يكشف عن حق الشفيع لا ينشئه . وترد المحكمة على ذلك بقولها « أما قول الطاعن بأن اعتبار المشتري مالكا إلى يوم الحكم بالشفعة فيه افتيات على القاعدة التي تقضى بأن الأحكام مقررة لا منشئة للحقوق ، فردّه أن الشارع نفسه هو الذي جعل حكم الشفعة منشأ لحق الشفيع كما جعل حكم البيع منشأ لحق الراسي عليه المزاد ، فكان النزول على حكم الشارع واجبا لا معدى عنه » (٢) .

سادساً - ما استظهر من أحكام الفقه الإسلامي وأحكام الفقه الحنفي نفسه من أنها ليست متفقة على أن القضاء بالشفعة للشفيع هو الذي ينشئ حقه في الشفعة ، وأن الفقه الإسلامي على كل حال لا يقيد القضاء المدني ، فلا محل للاستناد إلى هذا الفقه في القول بأن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع كما تقول محكمة النقض . وترد المحكمة على ذلك بأن الحكم المطعون فيه والذي رفضت محكمة النقض الطعن في شأنه « لم يقر قضاءه على رأى الحنفية فيصح النعي عليه بأن هذا الرأي ليس مجمعا عليه عندهم وأنه على فرض الإجماع عليه لا يقيد القضاء المدني ، بل أقام قضاءه على ما استمدّه استمداد صحيحا من نصوص المادتين ١٨ و ١٣ من قانون الشفعة » (٣) .

(١) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٨ .

(٢) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٣٠ .

(٣) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٩ .

سابعاً — ما احتج به من أن الشفيع يودع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة ، فتأخير تملكه العقار المشفوع فيه إلى وقت صدور الحكم بالشفعة على ما تذهب إليه محكمة النقض يحرمه من ريع العقار من وقت إيداع الثمن إلى وقت صدور الحكم لأنه لا يكون ما لكالعقار في هذه الفترة ، فيجتمع عليه الحرمان من الريع والحرمان من استغلال الثمن الذي أودعه خزانة المحكمة . وترد محكمة النقض على ذلك في عهد قانون الشفعة السابق ، وكان هذا القانون لا يلزم الشفيع بإيداع الثمن ، بأن الشفيع لا حق له في الريع إلا من وقت صدور حكم الشفعة الذي ينشئ حقه ، « ولا يغير من هذا النظر أن يكون الشفيع قد عرض الثمن على المشتري عرضاً حقيقياً وأن يكون قد أودعه خزانة المحكمة إثر رفضه ، لأنه ما كان ليصبح مديناً بالثمن للمشتري بمجرد طلب الشفعة ولا كان ملزماً قانوناً بعرضه ولا بإيداعه ، فإذا كان قد ألزم نفسه بما لم يلزمه به القانون فهو شأنه . على أنه ليس له أن يتوسل بفعله إلى حرمان المشتري من حقه » (١) .

ثم لما صدر التقنين المدني الجديد يلزم الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى ، لم تغير محكمة النقض موقفها ، وإنما عدلت الرد على الاعتراض المتقدم الذكر في حكمين طبقت فيها أحكام التقنين المدني الجديد . فقالت في الحكم الأول : « كما أن ما أورده القانون في المادة ٢/٩٤٢ من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لا ينم عن رغبة المشرع في العدول إلى رأى القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة ، بدليل أن المادة ٩٤٤ التي جاءت تالية للمادة ٩٤٢ قد أفصحت عن رأى المشرع في اعتبار حكم الشفعة هو المنشئ لملكية الشفيع » (٢) . وقالت في الحكم الثاني : « أما ما أورده القانون في المادة ٢/٩٤٢ من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، فلم يقصد به تغيير الوضع . وهو لا ينم عن رغبة المشرع في العدول إلى رأى

(١) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٣٠ .

(٢) نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٨ ص ٨٠٤ -

القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة ، وإنما كان ذلك تمشياً مع اتجاهه في التضييق من حق الشفعة وضماناً للحدية طلبها . وطالما أن حق الشفيع في العين المشفوع فيها لا يستقر إلا بصدور الحكم له في الشفعة ، فلا محل للقول باستحقاقه الريع ابتداء من تاريخ إيداعه الثمن « (١) .

٢٢٩ - نظرة تفديرية للمعجج التي استندت إليها محكمة النقض : لاشك

في أن الحكم الصادر من محكمة النقض في ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ ، والذي استخدمنا الأسباب الواردة فيه لبيان الحجج التي استندت إليها محكمة النقض في تقرير أن حكم الشفعة منشىء لحق الشفيع (٢) ، هو الحكم الأساسى الذى صدر من المحكمة في هذه المسألة الهامة . والأحكام التى تلت هذا الحكم إنما تردد الحجج التى وردت فيه أو تلخصها . وحتى الأحكام التى صدرت بعد صدور التقنين المدنى الجديد مطبقة لأحكام هذا التقنين في الشفعة ، هى أيضاً ، كما رأينا (٣) ، لم تعدل عن المبدأ الذى قرره هذا الحكم ، بل والتزمت حججه وصارت هى الأخرى ترددها . ولم تزد عليها إلا الرد على ما استحدثه التقنين المدنى الجديد من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة ، وإلا استعراض مناقشات اللجنة التى قامت بوضع مشروع نصوص الشفعة في شأن تحديد الوقت الذى يعتبر فيه الشفيع مالكا وما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص (٤) .

وهذا الحكم الأساسى الذى أصدرته محكمة النقض لاشك في أنه حكم قوى الأسلوب ، ولكنه يخفى تحت قوة الأسلوب ما يصح أن يكون محلاً للنظر من ناحية المنطق القانونى .

فالحجة الرئيسية التى استند إليها هذا الحكم هى ، كما قدمنا (٥) ، تفسيرها للعبارة التى وردت في المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق من أن حكم الشفعة

(١) نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص ٤٣٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٨ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٧ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٧١٠ هامش ١ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٨ .

« يعتبر سنداً للملكية الشفيع » . وإلى هذه الحجة ترد أكثر الحجج الأخرى ، فنبداً بالنظر فيها . ونحن نسلم مع محكمة النقض أن التقنين المدني الجديد لم يستحدث جديداً في المسألة التي نحن بصدددها ، فلا يزال الوقت الذي يحل فيه الشفيع محل المشتري وتنتقل إليه الملكية في هذا التقنين هو نفس الوقت الذي يحدده لذلك قانون الشفعة السابق ، ولم يغير إلزام الشفيع بليداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع الدعوى في ذلك شيئاً . فما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وفي مناقشات اللجنة التي قامت بوضع نصوص الشفعة ليس ، في نظرنا ، إلا تفسيراً لقانون الشفعة السابق . فنحن في مناقشتنا للحجج التي استندت إليها محكمة النقض في عهد قانون الشفعة السابق ، إنما نناقش حججاً يمكن الاستناد إليها في عهد التقنين المدني الجديد :

تقول محكمة النقض إن المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٤ مدني جديد) تنص على أن « الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع » . والمشرع لم يرد بهذا النص « أن يعتبر الحكم حجة أو دليلاً على الملكية التي قضى بها ، وإلا لكان هذا النص عبثاً مع وجود المادة ٢٣٢ التي نصت على حجية الأحكام » . ونقف عند هذه النقطة قليلاً ، إذ يبدو أن محكمة النقض تريد أن تستبعد معنى لكلمة « السند » لم يخطر على بال أحد أن يسنده لها . فالمادة ٢٣٢ من التقنين المدني السابق التي تشير إليها المحكمة تنص على أن « الأحكام التي صارت انتهائية تكون حجة بالحقوق الثابتة بها ، ولا يجوز قبول إثبات على ما يخالفها إذا لم يكن اختلاف في الحقوق المدعى بها ولا في الموضوع ولا في السبب ولا في الصفة المتصف بها الأخصام » . فالنص يعرض ، كما نرى ، لحجية الأمر المقضى ، ولم يقل أحد إن المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق تريد أن تقرر أن حكم الشفعة حجة بما جاء فيه فيكسب بذلك حجية الأمر المقضى . وإنما المعارضون لما ذهبوا إليه محكمة النقض يقولون إن لكلمة « السند » معنيين مختلفين ، ليست حجية الأمر المقضى أحدهما . فكثيراً ما تستعمل النصوص كلمة « السند » على المعنى الذي ذهبوا إليه محكمة النقض ، فيكون معناها السبب القانوني (cause juridique) . وقد وردت الكلمة فعلاً على هذا المعنى ،

كما تقول محكمة النقض ، في المادة ٦٠٨ من التقنين المدني السابق (١) وفي المادة ٥٨٧ من تقنين المرافعات السابق (٢) . ولكن كثيراً ما تستعمل النصوص أيضاً كلمة « السند » على معنى آخر غير المعنى الذى ذهبت إليه محكمة النقض ، فيكون معناها دليل الإثبات أو الدليل المكتوب للحق الذى يتمسك به صاحبه . ولعل هذا المعنى الآخر هو الذى يغلب القصد إليه في النصوص . استعملت كلمة « السند » بهذا المعنى الآخر في المواد ١٤٨ و ٢٧٣ و ٥٤٩ من التقنين المدني السابق ، وهو التقنين الذى كان معمولاً به عند صدور حكم محكمة النقض في سنة ١٩٤٦ . فنصت المادة ١٤٨ من هذا التقنين على أنه « لا يكون الرد مستحقاً إذا دفع إنسان دين شخص آخر غلطاً لدائن ذلك الشخص وقبضه الدائن المذكور معتقداً صحة الدفع وانعدم سند الدين ، وإنما يجوز الرجوع بالمدفوع على المدين الحقيقي » . ونصت المادة ٢٧٣ من نفس التقنين على أن « تسليم مجرد الحقوق يكون بتسليم سنداتها . . . » . ونصت المادة ٥٤٩ من نفس التقنين على أنه « لا يصح رهن المنقول بالنسبة لغير المتعاقدين إلا إذا كان بسند ذي تاريخ ثابت بوجه رسمى . . . » . واستعملت هذه الكلمة بهذا المعنى أيضاً في سلسلة من النصوص متعاقبة ، فنصت المادة ٢١٨ على أنه يجوز الإثبات بالبينة « إذا وجد دليل قطعى على ضياع السند بسبب قهرى » . ونصت المادة ٢١٩ على أن « إثبات التخلص من الدين يكون بتسليم سنده . . . » ، ونصت المادة ٢٢٠ على أنه « يجوز للدائن أن يثبت بالبينة أن وجود السند تحت يده المدين كان لسبب آخر غير تخلصه من الدين » . ويطول بنا القول لو عددنا النصوص

(١) وهذا نصها : مجرد وضع اليد على المنقولات يستفاد منه وجود السبب الصحيح وحسن الاعتقاد ، إلا إذا ثبت ما يخالف ذلك ، هذا مع مراعاة ما تقدم في حالى السرقة والضياع . ولا يفهم وجه استشهاد محكمة النقض بهذا النص إلا إذا رجعنا إلى النص الفرنسى المقابل له ، وهو ما يأتى :

“ Le seule possession des meubles fait présumer le titre et la bonne fois. sauf preuve contraire, et sauf ce quiest dit au cas de perte et de vol. ”

(٢) وهذا نصها : « حكم البيع يكون حجة للمشتري بملكيته المبيع ، وسنداً للمدين ومن يستحق حقوقه للاستحصال على الثمن . . . » . وهنا أيضاً يجب الرجوع إلى النص الفرنسى المقابل

“ Le jugement d'adjudication formera titre pour le débiteur et les ayants droit pour le paiement du prix; il sera titre de propriété pour l'adjudicataire; ”

التي استعملت فيها كلمة « السند » (١) على هذا المعنى ، سواء كان ذلك في التقنين المدني السابق أو في التقنينات الأخرى ، ونكتفي بالإشارة على سبيل المثال إلى المادة ٢٣١ والمادة ٢٧٢ من التقنين المدني السابق ، وإلى المواد ٣٩ و ١١٣ و ٣٣٣ و ٣٤٨ و ٣٧٠ و ٤٠٥ و ٤٠٦ و ٤٠٧ من التقنين التجاري ، وإلى المواد ٢٨ و ٣٦ و ٢٥١ و ٢٥٤ و ٣٨٤ و ٣٩١ و ٣٩٨ و ٤١٠ و ٤١٢ و ٤١٧ و ٤٦٣ و ٥١١ و ٥٣٧ و ٥٤١ من تقنين المرافعات السابق .

فلكلمة « السند » إذن معنيان في لغة النصوص القانونية ، المعنى الأول هو السبب القانوني المنشئ للحق ، والمعنى الآخر هو دليل الحق المثبت له أو دليله المكتوب . فبأي معنى من هذين المعنيين استعملت كلمة « السند » الواردة في المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق ؟ تقول محكمة النقض إنها استعملت بمعنى السبب القانوني المنشئ لحق الشفيع ، وهذا محتمل . ولكن يوجد أيضا احتمال أن تكون استعملت بمعنى الدليل المثبت لحق الشفيع (٢) ، فما هي القرينة التي تغلب أحد الاحتمالين على الاحتمال الآخر ؟ قد توجد قرينة تقطع في أن المقصود « بالسند » في المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق هو الدليل المثبت أو الدليل المكتوب ، فإن نص هذه المادة يجرى على الوجه الآتي : « الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها » . فلو كان الضمير في كلمة « تسجيله » يعود على أقرب اسم إليه ، لعاد على كلمة « السند » ، ومعنى ذلك أن السند هو الذي يجب تسجيله ، ولقطع ذلك في أن المقصود بالسند هو الدليل المكتوب لأن الدليل المكتوب هو وحده الذي يصلح للتسجيل . ولكن الضمير قد يكون عائداً على كلمة « الحكم » ،

(١) أو كلمة « titre » في النص الفرنسي للمادة .

(٢) ويقول الأستاذ محمد علي عرفة في هذا المعنى : « أما النص في المادة ٩٤٤ أن الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، فيجب حمله على أنه سند قاطع للمنازعة في ملكية الشفيع ، لا على أنه سند منشئ لهذه الملكية . ووجه هذا القول أن الشفيع يظل بلا سند مثبت لحقه بسبب منازعة المشتري إياه في أخذ العتار بالشفعة ، فكان لا بد من الالتجاء إلى القضاء ثبوت الملك ، لا لإنشائه » (محمد علي عرفة ، فقرة ٣١٣ ص ٥٢٩ - ص ٥٣٠) .

وبخاصة إذا رجعنا إلى النص الفرنسي للمادة (١) ، فيكون الواجب التسجيل هو حكم الشفعة ، فلا تقوم القرينة التي أشرنا إليها. وعلينا إذن أن نتلمس مرجحا آخر لتغليب أحد المعنيين . وفي رأينا أنه لا يصح الوقوف عند الألفاظ والتحليل اللغوي لتغليب أحد المعنيين ، بل يجب النظر إلى نصوص الشفعة جملة واحدة واستخلاص المعنى الذي يقصد إليه المشرع من مجموع الحلول العملية التي أوردتها . وهنا ننتقل إلى النظر في الحجج الأخرى التي استندت إليها محكمة النقض ، وتتضمنها الردود التي أجابت بها على الاعتراضات التي وجهت إليها .

فلا اعتراض الأول الذي وجه إلى محكمة النقض هو أنه لو كان الشفيع لا يملك إلا بعد صدور الحكم بالشفعة الذي هو سند الشفيع بمعنى أنه هو الذي ينشئ حقه كما تقول محكمة النقض ، لا يقتضي ذلك أن يبقى المشتري مالكا إلى وقت صدور هذا الحكم . فإذا بنى أو غرس في العقار المبيع لكان يبنى أو يغرس في عقار يملكه ، ولو تصرف في هذا العقار لكان متصرفا في ملكه ، فلا محل إذن لأن يقيد المشرع حقه في البناء والغرس كما يقيد حق من يبنى أو يغرس في ملك غيره ، ولا أن يقيد حقه في التصرف كما يقيد حق من يتصرف في ملك الغير . وتجب محكمة النقض على هذا الاعتراض بأنه لا يمكن أن تكون هذه القيود قد ترتبت على زوال ملكية المشتري بأثر رجعي ، لأن هذا الأثر لا يستقيم إلا على تقدير أن يكون المشتري مالكا تحت شرط فاسخ هو الحكم بالشفعة وأن يكون الشفيع مالكا تحت شرط توقيفي هو الحكم له بطلبه ، وأن الأصل في التصرفات التنجيز والتعليق يثبت بعارض الشرط ، والتعليق بالشرط لا يكون إلا في الالتزامات الاتفاقية . وواضح أن القول بزوال ملكية المشتري بأثر رجعي على تقدير أن يكون المشتري مالكا تحت شرط فاسخ هو الحكم للشفيع بالشفعة لم يخطر ببال المعارضين ، بل إن هؤلاء إنما يقولون بأن حكم الشفعة كاشف لا منشئ . ولا يقصدون بتاتا أن يعلقوا

(١) وهذا هو النص الفرنسي للمادة ١٨ من قانون الشفعة السابق :

“ Le jugement qui fait définitivement droit à la demande en préemption sera considéré comme titre de propriété pour le préempteur; il devra être transcrit d'office . ”

ملكية المشتري على شرط فاسخ هو الحكم للشفيع بالشفعة ، وإنما يقصدون أن يقولوا إن حكم الشفعة هو كسائر الأحكام كاشف عن حق الشفيع وإن هذا الحق قد نشأ قبل صدور الحكم بالشفعة ولم يفعل الحكم إلا أن كشف عن وجوده . فدفع الاعتراض بهذا الرد لا يكفي لدحضه . وكان يمكن لمحكمة النقض أن ترد على الاعتراض لو أنها قالت إن تقييد حق المشتري في البناء والغرس وفي التصرف في العقار لا يكفي وحده لنفي ملكيته ، فقد يكون الشخص مالكا للشيء ويورد القانون قيودا على حريته في استعماله وفي التصرف فيه (١) . وبذلك يهدم الاعتراض الأول ، فننتقل إلى الاعتراض الثاني .

وفي هذا الاعتراض الثاني يثار حلول الشفيع محل المشتري ، فيختفى المشتري من الصفقة ، وكأن الشفيع لا المشتري هو الذي تعاقد مع البائع منذ إبرام البيع ، فينشأ حق الشفيع من هذا الوقت لا من وقت صدور الحكم بالشفعة - ولكن محكمة النقض ترد على ذلك بأن حلول الشفيع محل المشتري إنما يكون ، لا منذ إبرام البيع ، بل منذ صدور الحكم بالشفعة ، إذ أن هذا الحكم هو الذي ينشئ حق الشفيع . وهذا الرد يكفي لدحض الاعتراض ، ولكنه ينطوى على أمر هام لا مناص من التسليم به . فالقول بأن حلول الشفيع

(١) وتقول محكمة النقض إن المشرع نقل أحكام الفقه الإسلامي في تقييد حق المشتري في البناء ، الغرس ، وفي تقييد حقه في التصرف . ولا يبدو أن المشرع قد التزم التزاماً دقيقاً أحكام الفقه الإسلامي في ذلك ، حتى لو قلنا مع محكمة النقض إنه أخذ برأى أبي يوسف إذا بنى المشتري أو غرس قبل طلب الشفعة وبرأى أبي حنيفة إذا بنى أو غرس بعد طلب الشفعة . فعند أبي يوسف ، على ما تقول محكمة النقض نفسها ، على الشفيع أن يأخذ البناء أو الغراس بقيمته باقياً ، أما في التشريع المصري فالشفيع ملزم تبعاً لما يختاره المشتري بأن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار مازاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغرس (م ١/٩٤٦ مدني) . وعند أبي حنيفة الشفيع بالخيار إن شاء أخذ البناء أو الغراس بقيمته مقلوعاً ، وإن شاء أجبر المشتري على القلع . أما في التشريع المصري فالشفيع أن يطلب الإزالة ، فإذا اختار أن يستبق البناء أو الغراس التزم بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغرس (م ٢/٩٤٦ مدني) .

أما في تقييد تصرفات المشتري فالفقهاء في الفقه الإسلامي متفقون على أنه يجوز للشفيع إذا قضى له بالشفعة أن ينقض تصرفات المشتري في العقار المشفوع فيه ، في حين أن التشريع المصري لا يجيز للشفيع نقض هذه التصرفات إطلاقاً ، ولا ينقض منها إلا ماتم بعد تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة (م ٩٤٧ مدني) .

محل المشتري لا يكون إلا منذ صدور الحكم بالشفعة معناه الحتمى هو أن يبقى المشتري مالكا للعقار المبيع إلى وقت صدور هذا الحكم ، ومعناه الحتمى أيضا هو أن الشفيع ، إذ يحل محل المشتري منذ صدور الحكم ، يتلقى ملكية العقار من المشتري لا من البائع فإن المشتري هو المالك وقت صدور الحكم .

وهنا يأتي الاعتراض الثالث ، وهو الاعتراض الحاسم . فنص المادة ١٣ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٥ مدنى جديد) صريح فى أن الشفيع يرجع بضمان الاستحقاق مباشرة على البائع . فلو أن الشفيع تلقى الملكية من المشتري كما هو مقتضى ما ذهب إليه محكمة النقض ، لكان الواجب أن يكون المشتري هو الذى يرجع عليه الشفيع بضمان الاستحقاق ، فإذا رجع الشفيع بهذا الضمان على البائع فإنما يكون ذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة يرفعها الشفيع باسم المشتري . فلننظر ماذا تقول محكمة النقض فى الرد على هذا الاعتراض . تقول إن « الشفيع ، إذ يرجع بالضمان فى حالة الاستحقاق ، إنما يستعمل حقا من حقوق المشتري الذى حل محله ، ولا يتأتى مع هذا الوضع أن يرجع على المشتري نفسه ، بل الذى يتأتى أن يرجع على البائع الذى ادعى ملك ما باع ثم نقضت دعواه بالاستحقاق . وعلى ذلك فلا تعارض بين نفي الأثر الرجعى لحكم الشفعة واعتبار المشتري مالكا إلى يوم هذا الحكم ، وبين إيجاب الضمان فى حالة الاستحقاق على البائع دون المشتري » . وهذا القول فى حاجة إلى إمعان من النظر . فإذا كانت محكمة النقض تريد ، بقولها إن الشفيع فى رجوعه بالضمان على البائع إنما يستعمل حقا من حقوق المشتري ، أن الشفيع يستعمل الدعوى غير المباشرة يرفعها باسم البائع ، فإن هذا القول يتناقض مع صريح النص . فالمشرع يقول « ليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع » ، فهو ينفي الرجوع على المشتري . ولو أراد المشرع أن يكون رجوع الشفيع باسم المشتري ، لما منع ذلك من أن الشفيع يرجع رجوعا مباشرا على المشتري إلى جانب رجوعه رجوعا غير مباشر على البائع ، بل لما كان هناك حاجة إلى النص على جواز رجوع الشفيع بالدعوى غير المباشرة فإن القواعد العامة تكفل هذا الرجوع دون حاجة إلى نص . وإذا كانت محكمة النقض تقصد القول إن الشفيع إنما يستعمل حق المشتري الذى انتقل إليه هو عندما حل محل المشتري منذ صدور الحكم بالشفعة

فالشفيع يرجع رجوعاً مباشراً على البائع بضمان الاستحقاق كما كان يرجع المشتري ، فإن هذا القول لا يمنع من أن الشفيع يرجع أيضاً رجوعاً مباشراً على المشتري بضمان الاستحقاق مستمداً هذا الرجوع من أن الملكية انتقلت إليه من المشتري لا من البائع (١) . ففي هذا القول أيضاً يكون للشفيع أن يرجع رجوعاً

(١) وهذا التصوير هو الذي أخذ به أحد الفقهاء ، وسار فيه إلى نهايته المنطقية المحتومة . فعنده أن حلول الشفيع محل المشتري إنما يقع منذ صدور الحكم بالشفعة ، فيكون « الحكم بالشفعة - فضلاً عن أنه ينقل الملكية إلى الشفيع - يترتب عليه كذلك انتقال جميع حقوق المشتري والتزاماته ، وهذه حالة من الحالات التي تقع فيها حوالة الدين بنص القانون ، وقد نصت عليها المادة ١/٩٤٥ » (شفيق شحاته فقرة ٢٧٧ ص ٢٨٧ - ص ٢٨٨) . ومعنى ذلك أن المشتري ينقل بحكم القانون ، منذ صدور الحكم بالشفعة ، إلى الشفيع حق ملكيته وجميع حقوقه الشخصية من ضمان استحقاق وضمان عيوب خفية وغيرها من الحقوق ، عن طريق هذه الحوالة القانونية . فيكون الشفيع خلفاً خاصاً للمشتري ، وقد انتقلت إليه حقوق المشتري بسبب جديد هو الحكم بالشفعة . ويكون هذا الحكم بمثابة شراء جديد صدر من المشتري إلى الشفيع ، ولا فرق بينه وبين الشراء الجديد إلا في أنه يجري بحكم القانون لا بحكم الاتفاق ، أما آثاره فتبقى هي آثار الشراء الجديد . ولذلك يقول الأستاذ شفيق شحاته ، وهو منطوق في هذا مع نفسه ، « ويعتبر الحكم (بالشفعة) السبب القانوني للملكية الشفيع ، أي أن الحكم بالشفعة يجعل الشفيع مالِكاً بسبب الشفعة لا بسبب الشراء الذي حل فيه الشفيع محل المشتري . ولذلك فإن الشفيع لا ينلق الملك مباشرة عن البائع بل ينلقه عن المشتري ، الذي يكون قد ملك الشيء ملكية تامة في الفترة التي تقع ما بين البيع والحكم بالشفعة » (شفيق شحاته فقرة ٢٧٧ ص ٢٨٦) . فإذا كان الشفيع قد ملك حقوق المشتري بشراء جديد منه ، فإنه يكون بمثابة مشتر من المشتري . والمشتري من المشتري يرجع مباشرة بضمان الاستحقاق على البائع ، إذ ينتقل إليه هذا الحق من المشتري باعتباره من توابع المبيع (أنظر الوسيط ٤ فقرة ٣٤٤) . ولكن ذلك لا يمنعه من الرجوع بضمان الاستحقاق أيضاً على المشتري ، أما هنا فلا يرجع الشفيع على المشتري ، بل هو لا يرجع إلا على البائع ، إذ تقول الفقرة الثالثة من المادة ٩٤٥ مدني « وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة ، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع » . وإذا كان الشفيع لا يرجع بضمان الاستحقاق على المشتري كما يرجع به على البائع ، فما ذلك إلا لأن المشتري قد اختفى تماماً من الصفقة ، فليس هو الذي نقل الملكية إلى الشفيع ، وليس هو الذي نقل إلى الشفيع ضمان الاستحقاق والحقوق الشخصية الأخرى ، بل انتقلت الملكية رأساً من البائع إلى الشفيع فالتزم البائع بضمان الاستحقاق رأساً نحو الشفيع دون وساطة المشتري . وهذا هو المعنى المقصود من حلول الشفيع محل المشتري ، فالشفيع أخذ مكان المشتري وأصبح كأنه هو المشتري منذ البداية ، وكأن المشتري لم يتدخل بتاتاً في الصفقة .

مباشراً بضمان الاستحقاق على أى من البائع أو المشتري . ولكن المشرع منع بنص صريح رجوع الشفيع بضمان الاستحقاق على المشتري ، وجعل الرجوع بهذا الضمان على البائع وحده ، إذ يقول النص كما رأينا « فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع » . وهذا معناه أن المشتري قد اختفى من الصفقة منذ البداية وحل محله الشفيع ، وذلك منذ إبرام البيع لا منذ صدور الحكم بالشفعة ، وهذا ما يناقض مذهب محكمة النقض . فالمحكمة إذن بين أن تخالف نصاً صريحاً في القانون ، وبين أن تأخذ به فتقضى مذهبها . والصحيح في نظرنا أن نص المادة ١٣ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٥ مدني جديد) هو وحده القاطع في أن الشفيع يحل محل المشتري منذ إبرام البيع ، فتتعدد الصلة مباشرة بينه وبين البائع ، فيكون له إذن أن يرجع رجوعاً مباشراً على البائع دون المشتري بضمان الاستحقاق . وهذا النص هو وحده الذي يغلب أحد الاحتمالين في تفسير كلمة « السند » التي وردت في المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٤ مدني جديد) ، ويصرف معنى هذه الكلمة إلى أن يكون دليل الحق المثبت له أو دليله المكتوب ، لا أن يكون السبب القانوني المنشئ للحق . إذ لو كان معنى كلمة « السند » السبب القانوني المنشئ للحق ، لوجب القول مع محكمة النقض إن حكم الشفعة منشئ لا كاشف ، وإن الشفيع لا يحل محل المشتري إلا منذ صدور هذا الحكم ، وهذا ما نعتقد أننا أثبتنا عكسه . فالشفيع يحل محل المشتري منذ إبرام البيع ، حتى يستطيع أن يرجع رجوعاً مباشراً بضمان الاستحقاق على البائع وحده دون المشتري .

فإذا ما انتهينا على هذا النحو إلى أن حكم الشفعة كاشف لا منشئ^(١) ، وإلى أن حلول الشفيع محل المشتري يكون منذ إبرام البيع لا منذ صدور الحكم بالشفعة ، لم يبق بعد ذلك حائل دون قياس حق الشفعة على حق الاسترداد .

(١) ولا محل إذن لما أقرته محكمة النقض من « أن هناك فرقاً بين حق الشفعة وحق التملك بها ، وأنه إذا كان الحق الأول يوجد بالبيع مع قيام المسوغ ، فإن الحق الثاني لا يوجد إلا بقبول المشتري أو القاضي نيابة عنه . ومن أجل هذا كان حكم الشفعة مقررراً لحق الشفيع في طلب الأخذ ، منشئاً لأثر هذا الطلب في حلول الشفيع محل المشتري » . فقد رأينا أن حكم الشفعة كاشف في الحالتين ، فهو كاشف عن طلب الأخذ ، وكاشف عن أثر هذا الطلب في حلول الشفيع محل المشتري .

فالشفيع كالمسترد لحصة شائعة ، كلاهما يحل محل المشتري منذ إبرام البيع ، لا منذ الحكم بالشفعة أو الحكم بالاسترداد . وما حق الاسترداد إلا حق شفعة مقصور على المنقول والمجموع من المال ، فهو يماثل حق الشفعة تماما من حيث حلول المسترد محل المشتري . وتقول المادة ٨٣٣/١ مدني في هذا الصدد : « ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه » . والمجمع عليه في فرنسا وفي مصر أن حلول المسترد محل المشتري معناه أن المشتري ينحني من الصفقة تماما ، ويعتبر المسترد كأنه هو الذي اشترى الحصة الشائعة مباشرة من البائع ، وكأن المشتري لم يتدخل بتاتا في الصفقة . وهذا الذي تقرر اجماعا في حق الاسترداد يجب أن يكون مقررا أيضا في حق الشفعة . ولا يحول دون ذلك ما تقوله محكمة النقض من أن « الشارع هناك لم يجعل حكم الاسترداد منشئا لحق المسترد ، كما جعل الشارع هنا حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع » ، فإن حكم الشفعة كما رأينا لا ينشئ حق الشفيع بل يكشف عنه ، كما يكشف عن حق المسترد حكم الاسترداد .

ولم يبق بعد ذلك من حجج محكمة النقض ما يستوقفنا إلا ما استظهرته من أن حكم الشفعة يخالف المبدأ العام في الأحكام من أنها كاشفة لامنشئة ، وتعلل ذلك بأن « الشارع نفسه هو الذي جعل حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع كما جعل حكم البيع منشئا لحق الراسي عليه المزاد ، فكان النزول على حكم الشارع واجبا لامعدي عنه » . وقد رأينا أن النص الذي تستند إليه محكمة النقض لا يسعفها في القول بأن الشارع نفسه هو الذي جعل حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع ، ومن ثم لا محل لاستثناء حكم الشفعة من المبدأ العام الذي يقضي بأن الأحكام كاشفة لامنشئة ، فحكم الشفعة لا يخرج على هذا المبدأ إذ هو كاشف لا منشئ .

٢٣٠- موقف الفقه الإسلامي من المسألة : ليس هناك اتفاق في الفقه

الإسلامي على أن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع ، لا في المذهب الحنفي ولا في المذاهب الأخرى .

ففي المذهب الحنفي ، عند أبي حنيفة ، إذا أتى الشفيع بطلب الموائبة وبطلب الإشهاد والتقرير صحيحين ، استقر حقه على وجه لا يبطل بتأخير طلب الخصومة حتى يسقطها بلسانه . وهذه هي أيضا إحدى الروايتين عن أبي

يوسف ، وهو ظاهر المذهب ، وعليه الفتوى ، كذا في الهداية (١) . ووجه قول أبي حنيفة أن الحق للشفيع قد ثبت بالطلبين ، والأصل أن الحق متى ثبت لإنسان لا يبطل إلا بإبطال ولم يوجد ، لأن تأخير طلب الخصومة لا يكون إبطالا ، كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون (٢) . وذكر الكرخي أن القاضي إذا قضى بالشفعة ينتقض البيع الذي كان بين البائع والمشتري في المشهور من قولهم . وروى عن أبي يوسف أنه لا ينتقض . واختلف المشايخ فيه . قال بعضهم البيع لا ينتقض ، بل تتحول الصفقة إلى الشفيع . وقال بعضهم ينتقض البيع الذي جرى بين البائع والمشتري وهذا قول محمد ، وينعقد للشفيع بيع آخر ، كأنه كان من البائع لإيجابان ، أحدهما مع المشتري والآخر مع الشفيع . فإذا قضى القاضي بالشفعة فقد قبل الشفيع الإيجاب الذي أضيف إليه ، وانتقض ما أضيف إلى المشتري ، سواء قبل المشتري الإيجاب المضاف إليه أو لم يقبل . ووجه قول من قال بالتحويل لا بالانتقاض أن البيع لو انتقض تعذر الأخذ بالشفعة ، لأنه من شرائط وجوب الشفعة ، فإذا انتقض لم تجب ، فتعذر الأخذ . ووجه قول من قال بالانتقاض لا بالتحويل أن للشفيع أن يرد الدار على من أخذها منه بخيار الرؤية ، وإذا رد عليه لا يعود شراء المشتري . ولو تحولت الصفقة إلى الشفيع لعاد شراء المشتري ، لأن التحويل كان لضرورة مراعاة حق الشفيع ، ولما رد فقد زالت الضرورة ، فينبغي أن يعود الشراء . ولأنها لو تحولت لصار المشتري وكيلا للشفيع ، لأن عقده يقع له ، ولو كان كذلك لما ثبت للشفيع خيار الرؤية إذا كان المشتري قد رآها قبل ذلك ورضى بها ، لأن خيار الرؤية يبطل بروؤية الوكيل ورضاه . وكذلك لو كان الشراء بثمن مؤجل ، فأراد الشفيع أن يأخذها للحال ، يأخذ بثمن حال ، ولو تحولت الصفقة إليه لأخذها بثمن مؤجل . وكذا لو اشتراها على أن البائع برئ من كل عيب بها عند البيع ، ثم أخذها الشفيع فوجد بها عيبا ، فله أن يردها على من أخذها منه ولو تحولت تلك الصفقة إلى الشفيع ، لما ثبت له حق الرد ، كما لم يثبت للمشتري . فدللت هذه المسائل على أن شراء المشتري ينتقض ، ويأخذها الشفيع بشراء مبتدأ بعد

(١) أنظر الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٣ .

(٢) أنظر البدائع ٥ ص ١٩ .

إيجاب مبتدأ مضاف إليه . وقد خرج الجواب عن قولهم إن البيع لو انتقض
لتعذر الأخذ بالشفعة ، لأنه لا يأخذ بذلك العقد لانتقاضه ، بل بعقد مبتدأ بين
البائع والشفيع على ماسبق تقريره (١) . أما إذا كان المبيع في يد المشتري ،
فأخذه الشفيع منه ودفع الثمن إليه ، فالبيع الأول صحيح ، لأن التملك وقع على
المشتري ، فيجعل كأنه اشتري منه (٢) .

(١) أنظر البدائع ٥ ص ٢٣ - ص ٢٤ .

(٢) أنظر البدائع ٥ ص ٢٤ - ويقرر الأستاذ على الخفيف مذهب الحنفية على الوجه الآتي:
«إذا بيع العقار أدخل في ملك المشتري بمجرد عقد البيع ، دون توقف على أدائه الثمن أو على
فسلمه من البائع . فإذا استحقه شفيعه بالشفعة لم يملكه بمجرد طلبه ، لأن حق الشفعة ضعيف
فلا يقوى بالمطالبة على رفع ملك ثابت للمشتري بعقده . ولذا لا يملك الشفيع العقار المشفوع فيه
إلا بأحد أمرين ، الأول تسلمه من المشتري عن رضا منه فيتملكه من وقت تسلمه ، الثاني قضاء
القاضي له به فيملكه من وقت القضاء وإن لم يتسلمه فعلا . وذلك ما أخذت به دوائر محكمة
الاستئناف المجتمعة ، حين رفع إليها هذا الموضوع بسبب اختلاف الأحكام فيه . فأما
ما تملكه بأخذه له عن رضا ، فلأن ذلك بمنزلة شرائه من المشتري بما قام عليه ، والشراء عقد
نافل للملكية . وأما تملكه بقضاء القاضي ، فذلك لا يكون إلا عند إيباء المشتري ، وإبائه في
هذه الحالة ظلم ، وقد نصب القاضي لرفع الظلم . فيقوم القاضي حينئذ مقامه في هذه المعاوضة
دفعاً لظلمه ، ويملكه الشفيع بما قام به على المشتري ، ويدخل الثمن في ملك المشتري حينئذ جبراً
عنه ، وكأنه رضى بذلك لقيام القاضي مقامه فيه . وإذن يكون تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه
في هذه الحالة أيضاً عن طريق شرائه من القاضي ، أو كأنه اشتراه من القاضي نيابة عن المشتري .
وهذا بين إذا كان المشتري قد تسلم المبيع من يائعه ، ولكن إذا حصل القضاء والمبيع لا يزال
في يد البائع فإن هذا الوجيه لا يظهر . ذلك لأن القضاء على البائع بتسليم المبيع إلى الشفيع في
هذه الحالة يصبح به البائع عاجزاً عن تسليمه إلى المشتري ، وذلك مفسد للبيع . وإذا فسد البيع
الصادر للمشتري زال ملكه ، وعند ذلك لا يصح أن يكون مملكاً ، ولا ينوب عنه القاضي في
التمليك . ولذا قالوا إن هذا القضاء في هذه الحالة ينقض العقد بالنسبة للمشتري ، ويجعل الإيجاب
الصادر من البائع كأنه موجه إلى الشفيع ، وكأن الشفيع قد قبله ، وبذلك يعد الشفيع في هذه
الحال مشترياً من البائع مباشرة لا من المشتري . وعلى هذا فالشفيع على أية حال يعتبر
مشترياً للعقار المشفوع فيه ، إما من مشتريه وإما من يائعه . ولذلك يتبت له من الخيارات
ما يتبت للمشتري ، فيثبت له خيار العيب وخيار الرؤية دون خيار الشرط لأنه يتنافى مع
اشتراط المطالبة الجازمة بالشفعة . ثم لا يتقيد فيما يكون بين بائع العقار ومشتريه من شروط
تتعلق بالبإواءة من العيوب أو بتأجيل الثمن أو بتقييده أو بخيار فسخ ونحوه ، لأنه قد أخذه
بمبادلة مستقلة عن طريق الرضا أو القهر . فإن وجد بالمبيع عيباً رده على من تسلمه منه من بائع
أو مشتري . وكذلك إذا أخذه قبل أن يراه ، فيرده إذا أراد على من تسلمه منه . فإن رده على
بائعه لأنه تسلم منه ، كان المشتري مخيراً حينئذ في إمضاء صفقته أو عدم إمضاها دون توقف
على أراضاء البائع . وإن رده على مشتريه لأنه تسلم منه ، كان كل من يائعه ومشتريه ملزماً
بتنفيذ ما اتفقا عليه من شروط في عقد البيع الذي تم بينهما وكأنه لم ينقض» (على الخفيف في
أحكام المعاملات الشرعية سنة ١٩٤٢ ص ١١٩ - ص ١٢٠) .

وفي المذاهب الأخرى غير مذهب الحنفية ، ذهب مالك إلى أن الشفيع يتملك المشفوع فيه بقوله أخذته بالشفعة وما في معناه ، دون اشتراط قضاء من القاضي أو رضا من المشتري متى كان عالما بالثمن . لأن ذلك يعتبر قبولا لبيع البائع ، وكأن إيجابه وجه إليه عند حصوله . وقال أحمد يملكه بذلك الطلب ، وإن لم يعلم الثمن . وقال الشافعي يملكه به ، بشرط أن يدفع الثمن إلى المشتري . وجه قولهم أن الشارع جعل الشفيع أحق بالمبيع من المشتري رضي بذلك أو أبي ، فلا يتوقف تملك الشفيع المبيع على رضا ، ولم يرد عن الشارع أنه اشترط لتملكه قضاء القاضي (١) .

ويخلص من كل ذلك أن الحنفية في أكثر أقوالهم يذهبون إلى أن الشفيع يملك المشفوع فيه من وقت رضا المشتري أو من وقت قضاء القاضي ، فيكون حكم الشفعة منشأ لحق الشفيع . ولكن أبا حنيفة يذهب إلى أن الشفيع يستقر حقه بطلب الموائبة وطلب الإشهاد والتقرير ، دون حاجة إلى قضاء القاضي ، وهذه هي إحدى الروايتين عن أبي يوسف . فلا يكون قضاء القاضي إذن في هذا القول ضروريا لاستقرار حق الشفيع ، ومن ثم لا يكون حكم الشفعة هو الذي ينشئ حق الشفيع . وفي المذاهب الثلاثة الأخرى لا يتوقف تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه على رضا المشتري أو على قضاء القاضي ، بل يملكه قبل ذلك ، بمجرد طلب الشفعة عند أحمد ، وبمجرد طلبها إذا علم الشفيع بالثمن عند مالك ، وبطلبها إذا دفع الشفيع الثمن إلى المشتري عند الشافعي . ففي هذه المذاهب الثلاثة إذن لا يكون قضاء القاضي ضروريا لتملك الشفيع العقار المشفوع فيه ، ومن ثم لا يكون حكم الشفعة منشأ لحق الشفيع .

٢٣١- حلول الشفيع محل المشتري من وقت البيع هو الذي يتفق

مع طبيعة الشفعة ومع الحلول العملية فيها : والآن بعد أن أثبتنا أنه لا يمكن الاستناد إلى المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق (م ٩٤٤ مدني جديد) ، وهي التي تقرر أن حكم الشفعة « يعتبر سندا للملكية الشفيع » ، للقول بأن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع وبأن حلول الشفيع محل المشتري يحصل تبعا لذلك من وقت صدور

(١) أنظر على الخفيف في أحكام المعاملات الشرعية سنة ١٩٤٢ ص ١٢٠ - ص ١٢١ .

هذا الحكم ، نكون قد أزعجت الحجة الرئيسية التي يعتمد عليها أصحاب هذا القول . ولا يستطيع أصحاب هذا القول ، من جهة أخرى ، الاستناد إلى الفقه الإسلامي . فقد رأينا أن هذا الفقه قد اختلفت فيه الآراء ، وإذا كان المذهب الحنفي يقول في بعض آرائه إن الشفيع يملك من وقت القضاء له بالشفعة ، فإن إمام هذا المذهب ، ويتابعه في ذلك فقهاء آخرون ، يقول إن حق الشفيع يستقر قبل القضاء له بالشفعة ، أما المذاهب الثلاثة الأخرى فجمعة على أن الشفيع يملك قبل القضاء له بالشفعة .

لم يبق إذن ، وقد استبعدنا نص المادة ١٨ من قانون الشفعة (م ٩٤٤ مدني جديد) واستبعدنا الفقه الإسلامي ، إلا أن نرجع إلى المبادئ العامة في الشفعة ، وإلى الحلول العملية التي أوردها المشرع والتي يكون من شأنها أن تنير لنا الطريق ، مستأنسين بالأعمال التحضيرية للتقنين المدني الجديد .

أما المبادئ العامة في الشفعة فترجع هنا إلى التكييف الصحيح لطبيعة الشفعة . وقد عرضنا لهذا التكييف غير مرة ، وقررنا ^(١) أن الشفعة واقعة مركبة من عناصر ثلاثة ، الارتباط ما بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وبيع العقار المشفوع فيه ، وإعلان الشفيع لإرادته في الأخذ بالشفعة . فتمت تكاملت هذه العناصر ، فقد قامت الشفعة سببا قانونيا يحدث أثره ، وهذا الأثر هو حلول الشفيع محل المشتري في البيع الذي تم بين المشتري والبائع منذ تمام هذا البيع . فالشفعة إذن لا تحدث أثرها إلا عند إعلان الشفيع لإرادته في الأخذ بالشفعة ، ولكن متى أحدثت هذا الأثر فقد حل الشفيع محل المشتري منذ تمام البيع لا منذ إعلان الشفيع لإرادته . وعلى ذلك يجب ، كما استبعدنا القول بأن الشفيع محل محل المشتري من وقت صدور الحكم بالشفعة ، أن نستبعد أيضا أن يكون هذا الحل من وقت رفع دعوى الشفعة ، أو من وقت تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، أو من وقت إعلان هذه الرغبة ، وهذه أقوال ثلاثة أخرى لكل قول منها أنصار في الفقه وفي القضاء وقد سبقت الإشارة إليها ^(٢) . صحيح أنه يجب أن نقف عند إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، ولكن لنقرر أن

(١) انظر آنفاً فقرة ١ وفقرة ٢٢٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٦ .

الشفعة قد تكاملت عناصرها وقامت سببا قانونيا لحلول الشفيع محل المشتري ، على أن يكون هذا الحل واقعا من وقت إبرام البيع لا من وقت إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، بحيث يمتحن شخص المشتري من الصفقة فلا يتوسط ما بين البائع والشفيع ، وتكون الصلة ما بين البائع والشفيع صلة مباشرة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم (١) . وكما أن الحكم بالشفعة إنما يكشف عن ثبوت حق الشفيع وعن أن الشفيع قد حل محل المشتري ، كذلك إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة إذا هو أنشأ حق الشفيع فإن ذلك معناه أنه أنشأ حق الشفيع في الحل محل المشتري منذ إبرام البيع . فالشفعة تتم سببا قانونيا ، لإحلال الشفيع محل المشتري ، عند إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة . ولكن متى حل الشفيع محل المشتري فإن حله هذا يحصل منذ إبرام البيع ، وتعتبر الصفقة قد انعقدت مباشرة لا بين البائع والمشتري بل بين البائع والشفيع .

ويتأكد ذلك إذا رجعنا إلى الحل العملية التى أوردتها المشرع ومن شأنها أن تنير لنا الطريق . فقد رأينا أن المادة ٩٤٥ مدنى تنص صراحة على أن الشفيع لا يرجع فى ضمان الاستحقاق على المشتري ، وإنما يرجع مباشرة فى هذا الضمان على البائع . ولا يتأتى ذلك إذا بقى المشتري فى الصفقة يتوسط بين البائع والشفيع ، فتنتقل الملكية أولا بالبيع من البائع إلى المشتري . ثم تنتقل بعد ذلك بالشفعة من المشتري إلى الشفيع . إذ لو كان الأمر على هذا النحو ، لوجب أن يرجع الشفيع بضمان الاستحقاق على المشتري فهو الذى نقل الملكية إلى الشفيع ، ولو رجع على البائع لما كان له أن يرجع إلا باسم المشتري عن طريق الدعوى غير المباشرة ، أو يرجع عليه رجوعا مباشرا ولكن هذا الرجوع لا يمنعه من أن يرجع أيضا رجوعا مباشرا على المشتري . ويقاس على ضمان الاستحقاق سائر التزامات البائع . من الالتزام بنقل الملكية والالتزام بتسليم المبيع والالتزام بضمان العيوب الخفية ، فهذه كلها يرجع فيها الشفيع مباشرة على البائع لا على المشتري كماهى الحال فى ضمان الاستحقاق . وقد سبق أن قررنا أن نص المادة ٩٤٥ مدنى ، الذى يجعل الشفيع لا يرجع بضمان الاستحقاق إلا على البائع ، هو النص الحاسم فى المسألة التى نحن بصدددها . فهذا النص يحمل الدليل القاطع على أن الشفيع يحل

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٥ .

محل المشتري منذ إبرام البيع ، وأن شخص المشتري يختفى من الصفقة لتكون الصلة ما بين البائع والشفيع صلة مباشرة . فلا يكون حكم الشفعة منشأ لحق الشفيع بحيث لا يقع حلول الشفيع محل المشتري إلا منذ صدور هذا الحكم ، بل هو حلول يقع قبل ذلك ومنذ إبرام البيع (١) .

ونستأنس بعد ذلك ، فيما قدمناه ، بالأعمال التحضيرية للتقنين المدني الجديد . وأول ما نستأنس به هو ما دار من مناقشات حول هذه المسألة في اللجنة التي قامت بوضع نصوص المشروع التمهيدى في الشفعة . وأول قول صريح في هذه المسألة نقرأه في محضر جلسة ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٨ من جلسات اللجنة ، إذ يقول أحد الأعضاء : « فالواقع أن الشفيع مالك منذ تاريخ البيع ، غير أن ملكيته هذه مشروطة باستعمال حقه في الشفعة في الميعاد القانونى والاعتراف بحقه هذا فيما بعد باسناد ملكية العقار إليه . فالشفيع إذن يتلقى حقه من البائع مباشرة ، بدليل أنه محل بحكم القانون محل المشتري . ويكتسب الثمار ابتداء من تاريخ البيع ، كما يدفع فوائد الثمن من نفس التاريخ . فضلاً عن أن الشفيع يعد هو المالك الوحيد منذ البيع ، ولو أن ملكيته في الحقيقة معلقة على شرط إذ أن حقه في الملكية رهين بقيامه بالإجراءات التي يتطلبها القانون ، إلا أنه مالك يتلقى حقه مباشرة من البائع ، مما يترتب عليه أن كل بيع يحصل من المشتري ابتداء من اللحظة التي يستعمل فيها الشفيع حقه في الشفعة لا يحتاج به عليه ولا يسرى حقه » (٢) . وهذا القول لا غبار عليه (٣) ، ولكنه بطبيعة الحال إنما يعبر عن رأى الشخصى للعضو الذى قاله ، لا عن رأى اللجنة (٤) .

(١) أنظر آنفاً ص ٧٢٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٠ في الهامش .

(٣) لولا ما جاء فيه من أن ملكية الشفيع معلقة على شرط ، فالشرط لا يكون إلا في الالتزامات الاتفاقية ، وملكية الشفيع ملكية منجزة . وحكم الشفعة ليس شرطاً تعلق عليه هذه الملكية ، وإنما هو كاشف عن هذه الملكية المنجزة (أنظر آنفاً فقرة ٢٢٩) .

(٤) وقد اعترض فعلاً عضو آخر في اللجنة على هذا القول ، إذ ذكر أنه «يؤدى إلى غلب نظام الشفعة القائم رأساً على عقب ، إذ يجب ألا يغرب عن البال أنه إلى جانب حق الشفيع توجد حقوق أخرى اكتسبها الغير حسن النية ولا يمكن إغفالها ، ولهذا الغير أن يكسب حقوقاً على العقار إلى اللحظة التي يتم فيها تسجيل طلب الشفعة . وكل حق يترتب المشتري في الفترة الواقعة بين البيع الأول وتسجيل طلب الشفعة هو حق يكتسبه الغير اكتساباً صحيحاً ، ومن ثم يكون نافذاً في حق الشفيع ويحتاج به عليه» . فرد العضو صاحب القول الأول بأن هذه النتائج «إنما تترتب على نظام التسجيل ، ولا علاقة لها بمادة الشفعة التي تنفرد بطبيعة خاصة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٠ - ص ٤٠١ في الهامش) .

ولما تفرغت اللجنة لمناقشة المسألة ، انقسم الأعضاء فيما أدلوا به من آراء ، وقرنوا مسألة تحديد وقت انتقال الملكية بالوقت الذى يكسب فيه الشفيع الحق فى الثمار ، فهو يكسب الثمار من الوقت الذى يصبح فيه مالكا للعقار المشفوع فيه . ورأى أحد الأعضاء أن يحدد الوقت بتاريخ البيع ، ورأى أعضاء آخرون أن يكون هذا الوقت هو وقت إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، ولم ير إلا عضو واحد أن يكون حكم الشفعة منشئا على الوجه الذى ذهبت إليه محكمة النقض وأن يتأخر انتقال الملكية إلى الشفيع إلى وقت صدور هذا الحكم . ولما لم تستطع اللجنة الاتفاق على رأى (١) ، عقب أحد الأعضاء « بأن الموضوع

(١) وننقل هنا أهم ما جاء فى محضر جلسة ١١ مارس سنة ١٩٣٨ فى هذا الصدد : « طلب الرئيس من الأعضاء تصفية النقطة الباقية فى باب الشفعة ، وهى تحديد الوقت الذى يصبح الشفيع ابتداء منه مالكا للعقار المشفوع ، فهل يصبح الشفيع مالكا من يوم حصول البيع ، أم من يوم إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة ، أم من تاريخ تسجيل هذه الرغبة ، أم من يوم موافقة المشفوع ضده على طلب الشفعة ، أم من تاريخ الحكم الصادر بالأحقية فى الشفعة ؟ فقال أحد الأعضاء : «إن النصوص التى أقرتها اللجنة قد تناولت مختلف العلاقات فى مادة الشفعة . أما معرفة الوقت الذى يصبح الشفيع مالكا ابتداء منه فلا جدوى من بحثه ، إلا إذا أريد وضع نص خاص لتحديد ذلك الوقت . فإذا لم يكن هدف اللجنة وضع هذا النص ، فإن من العبث مناقشة مختلف الآراء التى أبديت فى هذا الصدد» . وقال عضو آخر : «إن النصوص التى أقرتها اللجنة كفيلا بتنظيم علاقة الشفيع بالغير ، ولكنها قاصرة عن علاج العلاقة بين الشفيع والمشفوع ضده . لهذا يحسن وضع نص صريح قاطع فى تحديد الوقت الذى يصبح الشفيع ابتداء منه مالكا للعقار الذى شفع فيه وذلك لوضع حد لاختلاف القضاء ولتباين وجهات النظر فى هذه المسألة . وأضاف أنه يرى أن الشفيع يعتبر مالكا ابتداء من التاريخ الذى يعلن فيه رغبته فى أخذ العقار بالشفعة أى من تاريخ إعلان الرغبة فى الشفعة ، لأن الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الحق فى الشفعة إنما يقر للشفيع بحق يرجع إلى اللحظة التى استعمل فيها هذا الحق ، ويمكن إدماج هذا المبدأ فى تعريف حق الشفعة الذى نصت عليه المادة الأولى » . ثم اقترح أحد الأعضاء الاقتصار «على وضع نص يكسب الشفيع الحق فى الثمار ويلزمه بفوائد الثمن ابتداء من تاريخ إعلان رغبته فى الشفعة . فتساءل الرئيس عما إذا كان هناك محل للنص على التزامه بالفوائد بالنسبة فقط إلى الجزء من الثمن الذى لم يتم بايداعه» . وعقب أحد الأعضاء بأن الأخذ بالنص المقترح «معناه أن العقار المشفوع فيه سيتناوله ملاك ثلاثة على التوالى ، هم البائع والمشتري من تاريخ شرائه والشفيع من تاريخ إعلان رغبته فى الشفعة ، الأمر الذى يناقض المبادئ المقررة فى الشفعة والتى تقضى بأن الشفيع محل قبل البائع محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته فيما عدا الانتفاع بالأجل الذى هو معلق على رضا البائع . واقترح لذلك النص على أن يكون للشفيع الحق فى الثمار ابتداء من تاريخ البيع . ويأخذ الأصوات لم توافق اللجنة على هذا الاقتراح» . وقال أحد الأعضاء : «إن الرأى =

الوحيد الذى يتعين علاجه بنص إنما هو مسألة الثمار وفوائد الثمن ، وأن النص الواجب وضعه يجب أن يكون الغرض منه وضع حل لذلك ، وطلب أخذ رأى فى هذه النقطة . فوافقت اللجنة بالأغلبية على هذا الاقتراح ، وقررت أن ينص فى المادة الواجب وضعها على أن الشفيع يملك الثمار ويلتزم بالفوائد من تاريخ إعلان رغبته فى الشفعة ^(١) . وعهدت اللجنة إلى أحد الأعضاء بصياغة هذا النص ، ولكن يظهر أن اللجنة حلت قبل أن يعرض النص عليها . ولم يتضمن المشروع التمهيدى نصاً فى هذا الخصوص ، ولكن المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع جاء فيها ما يأتى : « هذا وقد تناقشت اللجنة فى جلساتها الأخيرة التى عقدتها للنظر فى نصوص الشفعة (الجلسة الثانية عشرة) فى إضافة نص يقضى بأن الغلة تكون للشفيع من وقت إعلانه الأخذ بالشفعة ، وعليه من ذلك الوقت أيضاً فوائد ما لم يه دعه من الثمن فى خريفة المحكمة . وقد اقترح

= الذى أخذت به محكمة النقض هو فى رأيه مخالف للنصوص ، وإن هناك محلاً فى النهاية لا يعتبر الشفيع مالكا ابتداء من تاريخ إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة » . وشرح هذا العضو وجهة نظره قائلاً : « ليس صحيحاً أن يقال ؟ كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء ، إن البيع يزول ويفسخ ويذع مكانه للشفعة التى تحل تماماً محل العقد الأول وتبطله . ذلك أن البيع قد تم صحيحاً ولم يكن معلقاً على شرط موقف أو شرط فاسخ ، وترتب عليه انتقال الملكية انتقلاً صحيحاً من يوم تسجيله ، أى أنه أنشأ مركزاً قانونياً نهائياً طالما أن حق الشفعة لم يستعمل ، بحيث يملك المشتري كامل الحرية فى التصرف فى العقار ببيعه من جديد أو ترتيب حقوق للغير عليه فالمشتري يصبح بدوره مالكا ، وهو الذى ترفع عليه دعوى الشفعة . . وللمشتري أيضاً أن يرتب للغير حقوقاً عينية على العقار الذى اشتراه ، وأن يقبض ريع هذا العقار الذى يباشر عليه . كافة الحقوق التى للمالك . لهذا يتعذر أن يلغى مثل هذا المركز القانونى الذى لا يمكن المساس به إلا فى المستقبل فقط . ابتداء من تاريخ طلب الشفعة بالطريق القانونى وتسجيله . فالبحث ينحصر إذن فى معرفة ما إذا كانت الملكية تنتقل إلى الشفيع من يوم طلب الشفعة أو من يوم تسجيل هذا الطلب ، أو تبتقل فقط من يوم قبول المشفوع ضده أو من يوم صدور الحكم بثبوت الحق فى الشفعة . والواقع أننا بصدد مركز جديد غير طبعى يتعلق بحق اختيارى نتيجة وقائع قانونية مترتبة بين الغير لم يشترك فيها ذلك الشخص الذى قد يستفيد منها ، ولا تتحقق هذه الاستفادة إلا باستعمال هذه الرخصة استعمالاً صحيحاً ، إذ تتحول الرخصة إلى حق باتفاق ذوى الشأن على الاعتراف بها أو بصدور حكم يؤيدها . فهذا الاتفاق أو هذا الحكم يجب أن يكون هو الفيصل فى تحديد تاريخ انتقال الحقوق » . ولما لم يجدها الرأى استجابة من اللجنة اقترح أحد الأعضاء أن يوضع نص يقتصر على علاج مسألة الثمار ، فوافقت اللجنة بالأغلبية على وضع هذا النص بحيث يقرر أن يملك الشفيع الثمار ويلتزم بالفوائد من تاريخ إعلان رغبته فى الشفعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٣ - ص ٤٣٥ فى الهامش) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٤ - ص ٤٣٥ فى الهامش .

أحد الأعضاء في لجنة فرعية نصا بهذا المعنى ، ولكن اللجنة لم تناقشه . ثم أضافت المذكرة الإيضاحية ما يأتي : « والرأى في ذلك أن الشفيع يحل محل المشتري في الصفقة ، فيملك من وقت البيع الأول ويعتبر المشتري كأنه لم يملك أصلا . (فإذا) استولى على ثمار المبيع إلى إعلان الرغبة ، فهو يملك الثمار بالحيازة إذ هو حسن النية إلى هذا الوقت . وما دام قد تملك الثمار ، فلا يتقاضى فائدة على الثمن . ومنذ تعلن الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يملك الثمار ، وتكون للشفيع إذ هو المالك . وللمشتري أن يطالب بالفوائد من الوقت الذي لا يملك فيه الثمار » (١) .

ويتبين مما أوردناه من مناقشات اللجنة ومن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أن اللجنة لم تكن في صف محكمة النقض تقول بأن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع ، وبأن الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور هذا الحكم ، مع أنها هي التي أقرت نص المادة ٩٤٤ مدنى القاضى بأن حكم الشفعة « يعتبر سنداً للملكية الشفيع » . ولم يفهم أحد من الأعضاء أن المقصود بالسند هنا هو السبب القانونى المنشئ لحق الشفيع كما ذهبت محكمة النقض ، وإلا لما كان هناك محل لأن تتناقش اللجنة طويلا في تحديد الوقت الذى ينشأ فيه حق الشفيع فلا تصل إلى قرار في ذلك ، مع وجود نص صريح أمامها يحدد هذا الوقت بتاريخ صدور حكم الشفعة إن صح تفسير محكمة النقض للمادة ١٨ من قانون الشفعة السابق وللمادة ٩٤٤ من التقنين المدنى الجديد على الوجه الذى ذهبت إليه . وإذا كانت اللجنة قد أقرت ، من حيث المبدأ ، أن تكون الثمار للشفيع من وقت إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة ، فإن هذا لا يعنى حتما أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت هذا الإعلان فقط . فإنه يمكن أن يحل الشفيع محل المشتري من وقت البيع ، ومع ذلك لا تكون الثمار له إلا من وقت إعلان المشتري برغبته في الأخذ بالشفعة ، إذ يملك المشتري ، وهو حسن النية قبل إعلان هذه الرغبة ، الثمار بالحيازة . بل إن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تضمنت رأيا ضريحا في أن الشفيع « يملك من وقت البيع الأول ، ويعتبر المشتري كأنه

لم يملك أصلاً . صحيح ، كما تقول محكمة النقض^(١) ، أن هذا الرأي هو رأي شخصي لواقع المذكورة . ولكن هذا الرأي ، الذي ضمنه المذكورة الإيضاحية التي قمنا بوضعها ، لا يتناقض مع نص المادة ٩٤٤ مدني على خلاف ما ذهبت إليه محكمة النقض . فكل ما تقوله المادة ٩٤٤ مدني هو أن حكم الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع ، وليس في هذا ما يتعارض مع القول بأن الشفيع يحل محل المشتري من وقت البيع . وقد بسطنا تفصيلاً فيما تقدم أن حكم الشفعة ليس منشئاً لحق الشفيع بل هو كاشف عنه ، وأن هذا الحكم إذا اعتبر سنداً للملكية الشفيع فإن معنى السند هنا ليس هو السبب القانوني المنشئ ، بل معناه أنه دليل الحق المثبت له أو دليله المكتوب . هذا إلى أن حلول الشفيع محل المشتري من وقت إبرام البيع هو الذي تمليه المبادئ العامة ، ويفرضه التكييف الصحيح لطبيعة الشفعة . وتنطق به الحلول العملية التي وضعها المشرع .

٢٣٢ - الأهمية العملية لرأي محكمة النقض نظراً لنبوه محصورة في

مسألة الثمار : على أن المشرع في وضعه لنصوص الشفعة قد تكفل بوضع الحلول العملية للمسائل الخاصة بعلاقة الشفيع بالبائع ، وبعلاقته بالمشتري . وبعلاقته بالغير ، على الوجه الذي سنبسّطه فيما يلي . فلم تعد هناك أهمية عملية كبيرة للقول بأن الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور حكم الشفعة أو من وقت البيع . وتكاد تنحصر هذه الأهمية ، بعد الحلول العملية التي وضعها المشرع ، في مسألة الثمار . وهي المسألة التي كاد المشرع أن يضع لها هي الأخرى نصاً ولكنه لم يتمكن من تحقيق بغيته . وسنرى أن الخلاف إنما يثور في شأن هذه المسألة . ولم تر محكمة النقض حاجة لتقرير أن حكم الشفعة منشئ إلا في صددها . أما بقية المسائل فقد وضع المشرع لها . كما قدمنا ، حلولاً مستقرة ثابتة ، ولا يكاد يثور في شأنها أي خلاف .

ونفصل الآن ما أحملناه .

(١) أنظر آنفاً ص ٧١٠ هامش ١ .

المطلب الثاني

عموق الشفيع بالبائع والمشتري وبالفير

§ ١ - عموق الشفيع بالبائع

٢٣٣ - نص قانوني : تنص المادة ٩٤٥ مدني على ما يأتي :

١ - « يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته » .
٢ - « وإنما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن ، إلا برضاء البائع » .

٣ - « وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة ، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع » (١) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادة ١٣ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٤٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٢ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٣ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠١٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٢ - ص ٤٣٥) .

(٢) قانون الشفعة السابق م ١٣ : يحل الشفيع بالنسبة للبائع محل المشفوع منه في كافة ما كان له وعليه من الحقوق ، على أن المشتري إذا استحصل على تأجيل الثمن لا ينتفع الشفيع من هذا التأجيل إلا برضاء البائع . وإذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للغير ، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٤٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٤٢ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٣ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : يعتبر الشفيع أنه قد اشترى من المشتري ، ويكون للشفعة بينهما مفاعيل البيع نفسه - ولا يحق للشفيع الاستفادة من الأجل المنصوص عليه في العقد لمصلحة المشتري في دفع الثمن ، إلا إذا رأت المحكمة ذلك لقاء الضمانات التي تراها لازمة . وفيما عدا الأجل المنصوص عليه في العقد ، لا يجوز للمحكمة =

ويخلص من هذا النص أنه متى ثبت للشفيع حقه في الشفعة ، رضاء أو قهراً ، تحول البيع بين أن يكون بين البائع والمشتري إلى أن يكون بين البائع والشفيع . ويعتبر الشفيع هو المشتري منذ البداية ، إذ أنه قد حل محل المشتري في هذا البيع . ويحتقن شخص المشتري من الصفقة ، ولا يتوسط بين البائع والشفيع . ولا يعتبر أن هناك بيعاً أولاً انعقد بين البائع والمشتري ، ثم أعقبه بيع ثان انعقد بين المشتري والشفيع ، فباع البائع للمشتري ثم باع المشتري للشفيع ، بل هو بيع واحد انعقد بين البائع والشفيع فقامت بينهما صلة مباشرة ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ويترتب على ما قدمناه أن العلاقة ما بين الشفيع والبائع يحددها عقد البيع وقد أصبح فيه الشفيع مشترياً ، ويحل قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته كما يقول النص (م ١ / ٩٤٥ مدني) . ومن ثم يلتزم البائع نحو الشفيع بجميع التزامات البائع ، كما يلتزم الشفيع نحو البائع بجميع التزامات المشتري (١) .

= أن تمنع الشفيع مهلة للدفع . (وقانون الملكية العقارية اللبناني يختلف عن التقنين المصري في أن القانون الأول يحمل الشفيع مشترياً من المشتري لامن البائع ، لامشترياً من البائع رأساً كما هو الأمر في التقنين المصري . ويختلف كذلك في أن للمحكمة أن تستبق لمصلحة الشفيع الأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن على أن يقدم الشفيع ضماناً ، وفي التقنين المصري لا ينتفع الشفيع بالأجل إلا برضاء البائع) .

(١) وقد أكدت محكمة النقض هذا المعنى ، بالرغم من قضائها بأن حلول الشفيع محل المشتري إنما يقع عند صدور حكم الشفعة إذا أن هذا الحكم في رأيها منشئ لا كاشف . فقضت بأن الشفعة في نظر القانون هي تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع ، فتزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع ، لتكون صلته في تلك الحقوق بالشفيع . فهي عملية قانونية تدور بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيق ضروري فيها ، حتى يمكن قانوناً حصول هذا التحويل الواقع في حقوقهم هم الثلاثة بعضهم على بعض ، ولا يتصور إلا قبل ثلاثتهم جميعاً . فدعوى الشفعة ، والمقصود بها إجراء عملية هذا التحويل قضاء ، يجب بطبيعة الحال أن تكون دائرة بينهم هم الثلاثة كذلك (نقض مدني ١٩ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧١ ص ٥٤٣) . وقضت أيضاً بأنه يترتب على الأخذ بالشفعة تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشتري إلى ما بين البائع والشفيع ، فتزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع ، لتكون صلته في تلك الحقوق بالشفيع (نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤) .

والتزامات البائع هي نقل ملكية المبيع ، والتسليم ، وضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية . والتزامات المشتري هي دفع الثمن والقوائد إذا كان لها مقتضى ، وتسليم المبيع . فنستعرض هذه المسائل على التعاقب .

٢٣٤ - التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفيع : يصبح البائع مدينا

بنقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع . ولما كانت ملكية العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل ، فإن الشفيع يسجل الحكم الصادر بثبوت حقه في الشفعة على النحو الذي قدمناه^(١) ، فتنقل إليه الملكية رأساً من البائع . ويقوم مكتب الشهر المختص بالتأشير على هامش تسجيل إعلان الرغبة بما يفيد صدور هذا الحكم النهائي ، وكذلك يتولى المكتب إجراء التأشير بمنطوق الحكم على هامش تسجيل عقد البيع الذي صدر أولاً من البائع إلى المشتري إذا كان المشتري قد قام بتسجيل هذا العقد^(٢) .

أما إذا تمت الشفعة بالتراضي . وكان عقد البيع الصادر إلى المشتري قد تم تسجيله ، فإنه يكفي في هذه الحالة أن يوقع المشتري إقراراً بتسليمه الشفعة للشفيع . ويكون هذا الإقرار موثقاً أو مصدقاً على التوقيع فيه . وتؤكد مأمورية الشهر من قيام الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة . لتستوثق من أن هذا الإقرار يعتبر استعمالاً لحق الشفعة . وليس ببيع جديد صادر من المشتري إلى الشفيع . ثم يقدم الإقرار إلى مكتب الشهر المختص لتسجيله ، والتأشير بمضمونه على هامش تسجيل عقد البيع وعلى هامش تسجيل إعلان الرغبة . فإذا كان عقد البيع الصادر إلى المشتري لم يسجل ، فإن الإقرار في هذه الحالة يجب أن يكون موقفاً من البائع والمشتري والشفيع ، ويكون موثقاً أو مصدقاً على التوقيعات فيه . ويجوز أن يحرر عقد بيع من البائع رأساً للشفيع ، ولكن يجب أن يوقعه معهما المشتري إثباتاً لتسليمه بالشفعة ، ويكون عقد البيع موثقاً أو مصدقاً على التوقيعات فيه . ويسجل الإقرار أو عقد البيع ، ويؤشر بمضمونه على هامش تسجيل إعلان الرغبة ، على النحو الذي سبق بيانه^(٣) . وإذا وقع

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٣ .

(٢) محمود شوقي في الشهر العقاري علماً وعملاً ص ٢٤٩ .

(٣) أنظر في ذلك محمود شوقي في الشهر العقاري علماً وعملاً ص ٢٥٠ - ص ٢٥١ .

المشتري الإقرار أو عقد البيع ، وأبى بعد ذلك أو أبى البائع القيام بالإجراءات اللازمة لتسجيل كأن امتنع أحدهما عن التصديق على امضائه ، جاز للشفيع أن يرفع دعوى بصحة الإقرار بالشفعة من جانب المشتري على كل من المشتري والبائع ، فإذا حصل على حكم بذلك سجله فتنقل إليه الملكية (١) .

فإذا سجل الشفيع حكم الشفعة أو الإقرار بها من المشتري على الوجه الذي سبق بيانه . وانتقلت إليه الملكية . فإنها تنتقل من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . فالملكية إذن لا تنتقل من وقت البيع . ولا من وقت إعلان الرغبة في الشفعة . ولا من وقت تسجيل هذا الإعلان . بل ولا من وقت صدور الحكم النهائي بالشفعة . وإنما تنتقل من وقت تسجيل هذا الحكم النهائي أو تسجيل الإقرار بالشفعة من المشتري . والوقت الذي يحل فيه الشفيع محل المشتري لا أهمية له في تحديد وقت انتقال الملكية . وسواء حل الشفيع محل المشتري من وقت البيع على الرأي الذي نقول به . أو من وقت صدور الحكم النهائي بالشفعة على الرأي الذي نقول به محكمة النقض . أو من وقت إعلان الرغبة أو من وقت تسجيل هذا الإعلان على ما يقول به آخرون . فإن الملكية في جميع هذه الآراء لا تنتقل إلا من وقت تسجيل حكم الشفعة أو تسجيل إقرار المشتري بالشفعة وهذا ما تفرضه أحكام التسجيل . أما فيما بين الشفيع وبين البائع والمشتري وهما ليسا من الغير على الرأي الذي نقول به ، فالملكية لا تنتقل أيضا إلى الشفيع إلا بتسجيل حكم الشفعة أو تسجيل إقرار المشتري بالشفعة على ما تذهب إليه محكمة النقض ، ولكنها تنتقل في رأينا من وقت البيع لا من وقت التسجيل .

ومتى انتقلت الملكية إلى الشفيع على النحو الذي قدمناه . فإنه يجوز له أن يتصرف في العقار المشفوع فيه متى شاء وكيف شاء . فإنه قد أصبح مالكا

(١) وإذا أنكر البائع والمشتري ، في دعوى الشفعة التي يرفعها الشفيع عليهما ، وقوع البيع بينهما حتى يتفاديا أخذ الشفيع بالشفعة ، كان للشفيع أن يثبت هذا البيع بجميع طرق الإثبات ويدخل في ذلك البينة والقرائن ، لأن البيع يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً ص ٥٠٩ - وقارن محمد على ٢ فقرة ٣١٩ ص ٥٣٥ - ص ٥٣٦ : ويذهب إلى أن الشفيع ، إذا كان عقد البيع لم يسجل ، يطلب الحكم بصحة التعاقد في صحيفة دعوى الشفعة . ونرى أنه لا حاجة لتسجيل عقد البيع والتمهيد لذلك بطلب الحكم بصحة العقد . فإنه من الجائز تسجيل حكم الشفعة أو الإقرار بها من المشتري دون أن يكون عقد البيع مسجلاً كما قدمنا في المتن) .

للعقار وللمالك أن يتصرف في ملكه . ولا يعترض على ذلك بأن الشفيع إنما أخذ العقار بالشفعة ليستبقية لا ليتصرف فيه ، وإلا كان مضارباً يستغل حقه في الشفعة للكسب والربح . لا يجوز هذا الاعتراض ، لأن القضاء للشفيع بالشفعة أو تراضيه عليها مع المشتري معناه أنه لم يكن متعسفاً في طلبها ولم يقصد الاستغلال ، فإذا ما أصبح مالكا للعقار المشفوع فيه صارت له جميع حقوق المالك ، وأخصها حقه في التصرف في ملكه (١) .

٢٣٥ - التزام البائع بتسليم العقار المبيع إلى الشفيع - تبعة الرهوك

قبل التسليم : والمفروض هنا أن العقار المشفوع فيه لا يزال في يد البائع ، ولم يسلمه للمشتري . فيلتزم في هذه الحالة بتسليمه للشفيع ، لأنه هو المشتري بعد أن أخذ

(١) وقد قضى بأنه لا يجوز للشفيع أن يتخذ من حقه وسيلة للمضاربة ، ولكن بعد أن يثبت للشفيع الحق بالرضاء أو بالقضاء له أن يتصرف فيه كيف شاء ، لأنه بذلك صار مالكا للمشفوع فيه . وله إذن حرية التصرف في العين التي بيعت له ، بل وله الحق أن يتجر فيها ، فله أن يبيع ليكسب ، ولا يشترط أن يشفع ليحفظ الملك المشفوع فيه لنفسه (بني سويف الكلية ١٦ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٣٥١ ص ٤٢٠) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٨٥ .

ولكن قبل الحكم بالشفعة ، إذا ثبت أن الشفيع قد قصد المضاربة والاتجار ، فتواطأ مع أجنبي على أن يقدم له المال اللازم للأخذ بالشفعة في مقابل أن يشاركه في الصفقة ، فإن هذا التعاقد مع الأجنبي يكون باطلا لقيامه على سبب غير مشروع (استئناف وطني ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٤ ص ١٧٢) . وقد قضى بأنه يجب رفض طلب الشفعة ، إذا ثبت أن الشفيع قد اتفق مع شخص آخر على أن يقدم له الثمن الذي يأخذ به الصفقة بالشفعة في مقابل أن يأخذ هذا الشخص الآخر جزءاً من العقار المشفوع فيه (طنطا الكلية ٢٠ أبريل سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٢٣ ص ٢٧) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن حق الشفيع في الأخذ بالشفعة يسقط ، إذا ثبت أنه عندما علم بالشراء أظهر رغبته في عدم الأخذ بالشفعة ، وأنه مارفَع الدعوى بعد هذا التنازل إلا لفائدة شخص آخر أراد أن يجعله سبيلا لتملك العقار المشفوع فيه (استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٩٢ ص ١٧٤) . وانظر في هذا المعنى استئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣١٣ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٣١ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٦ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٦١ . وانظر عكس ذلك وأن الشفعة صحيحة حتى لو ظهر أن الشفيع أخذ الثمن من الغير وقاسمه العقار المشفوع فيه : استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٤ - ١٤ يونيو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٣١ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٢ - ٢٣ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٣٧ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٠ .

العقار بالشفعة . وكل ما ذكرناه عند الكلام في عقد البيع ، في شأن التزام البائع بتسليم المبيع ، ينطبق هنا^(١) . ونشير بوجه خاص إلى أن البائع يلتزم بتسليم العقار المبيع إلى الشفيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع ، وبالمقدار الذي عين له في العقد ، وبالملحقات التي تتبعه . وملحقات العقار المشفوع فيه هي كل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله ، وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد البائع والمشتري (م ٤٣٢ مدني) . ويكون التسليم بوضع العقار المشفوع فيه تحت تصرف الشفيع بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا ، مادام البائع قد أعلمه بذلك ، ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع (م ١/٤٣٥ مدني) . ويتم التسليم فورا بمجرد ثبوت حق الشفيع في الشفعة ، إلا إذا حدد ميعاد معين في عقد البيع يتم فيه التسليم ، أو كان هناك عرف يقضى بتسليم المبيع في ميعاد معين ، أو اقتضت طبيعة المبيع شيئا من الوقت لتسليمه . ويتم التسليم في المكان الذي يوجد فيه العقار المشفوع فيه ، فعلى الشفيع أن يسعى إلى هذا المكان لتسلم العقار . وإذا تأخر البائع عن التسليم ، كان للشفيع أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا التأخر .

ولما كان الالتزام بالتسليم متفرعا عن الالتزام بنقل الملكية وهو التزام بتحقيق غاية ، فإن البائع إذا لم يسلم العقار المشفوع فيه للشفيع ، حتى لو كان راجعا إلى سبب أجنبي ، كأن كان العقار بناء فاحترق قضاء وقدر ، فإن البائع يكون مع ذلك لم يحم بالتزامه بالتسليم ، فيصبح مسئولا عن ذلك . ومن ثم تكون تبعة هلاك العقار أو تلفه قبل التسليم على البائع ، لا على الشفيع . وقد ورد نص صريح في هذا المعنى في البيع يجعل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم على البائع لا على المشتري ، فنصت المادة ٤٣٧ مدني على أنه « إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع » . وتكون تبعة الهلاك قبل التسليم على البائع لا على الشفيع ، حتى لو كان الشفيع قد سجل حكم الشفعة أو إقرار المشتري بها فانتقلت إليه ملكية العقار المشفوع فيه قبل أن يتسلمه من البائع . أما إذا تسلم

(١) أنظر الوسيط ؛ فقرة ٢٩١ وما بعدها .

الشفيع العقار المشفوع فيه ، فإن تبعة الهلاك تكون عليه حتى لو كان لم يسجل حكم الشفعة أو إقرار المشتري بها فلم تنتقل الملكية إليه . ونرى من ذلك أن تبعة الهلاك تنتقل مع انتقال الحيازة لامع انتقال الملكية ، فتبعه هلاك العقار المشفوع فيه تكون على البائع قبل التسليم ولو انتقلت الملكية إلى الشفيع ، وتكون على الشفيع بعد التسليم ولو لم تنتقل إليه الملكية . ومعنى أن البائع يتحمل تبعة الهلاك^٢ أنه إذا هلك العقار وهو لا يزال في يده لم يسلمه إلى الشفيع ، فإن كان قد قبض الثمن الذى أودعه الشفيع خزانة المحكمة (أو تسلمه من المشتري أو من الشفيع فى حالة الشفعة بالتراضى) ، وجب عليه أن يرده للشفيع ، وإن كان لم يقبضه لم تجز له مطالبة الشفيع أو المشتري به . ومعنى أن الشفيع يتحمل تبعة الهلاك أنه إذا هلك العقار بعد أن يكون قد تسلمه ، جاز للبائع أن يقبض الثمن من خزانة المحكمة إذا لم يكن قد قبضه قبل الهلاك . فإذا كان قد قبضه لم يجز للشفيع أن يطالبه برده . وإذا أعذر البائع الشفيع لتسلم العقار ، فمن وقت الإعذار يعتبر العقار فى حكم المسلم للشفيع . فإذا هلك حتى قبل التسليم الفعلى فإن هلاكه يكون على الشفيع لا على البائع . وفى هذا نقول العبارة الأخيرة من المادة ٤٣٧ مدنى كما رأينا : « إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع » ، أى أن الهلاك يكون استثناء على الشفيع إذا وقع بعد إعذاره لتسلم المبيع .

وإذا كان الهلاك جزئيا أو نقصا فى قيمة العقار بسبب تلف أصابه ، فإن التبعة تكون على البائع قبل التسليم ، وعلى الشفيع بعد التسليم . وتنص المادة ٤٣٨ مدنى فى هذا المعنى على أنه « إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقى البيع بعد إنقاص الثمن » . فتكون تبعة الهلاك الجزئى أو نقص القيمة قبل تسليم العقار على البائع ، للأسباب نفسها التى ذكرناها فى حالة الهلاك الكلى . فالبائع ملزم بتسليم المبيع كاملا دون نقص أو تلف ، وهذا الالتزام متفرع عن الالتزام بنقل الملكية ، وهو التزام بتحقيق غاية ، فإذا لم يقيم به البائع كان مسئولا ، حتى لو رجع ذلك إلى قوة قاهرة أو حادث فجائى ، فتكون التبعة عليه هنا كما كانت التبعة عليه فى الهلاك الكلى . وينبنى على ذلك أن الشفيع ، فى حالة الهلاك الجزئى أو نقص القيمة

قبل تسليم العقار إليه ، يكون بالخيار بين الفسخ (١) أو إنقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك من العقار أو نقص من قيمته ، دون أن يكون له حق في التعويض لأن الهلاك أو النقص قد حدث بقوة قاهرة أو حادث فجائي . ولكن إذا كان للهلك أو نقص القيمة لم يبلغ من الجسامة قدراً بحيث لو كان قد طرأ قبل العقد لما تم البيع ، لم يكن للشفيع حق الفسخ ، وإنما يكون له حق إنقاص الثمن فقط . وغنى عن البيان أن البائع إذا أعذر الشفيع لتسلم المبيع ، فإن الهلاك الجزئي أو نقص القيمة ، إذا طرأ بعد ذلك على العقار قبل أن يتسلمه الشفيع فعلاً ، يتحمل الشفيع تبعته كما يتحملها في الهلاك الكلي على ما أسلفنا (٢) .

٢٣٦ - التزام البائع بضمانه التعرض والاستحقاق للشفيع : رأينا (٣)
أن الفقرة الثالثة من المادة ٩٤٥ مدني تنص صراحة على أنه « إذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة ، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع » . ورأينا (٤) أن هذا النص هو الذي يحمل الدليل القاطع على أن الشفيع يحل محل المشتري منذ إبرام البيع ، وأن شخص المشتري يختفي من الصفقة فتكون الصلة ما بين البائع والشفيع صلة مباشرة . فالبائع إذن يلتزم للشفيع باعتباره مشترياً بضمان التعرض والاستحقاق ، وتسرى هنا أحكام ضمان التعرض والاستحقاق في البيع ، لأن الشفيع قد حل كما قدمنا محل المشتري فيرجع بالضمان على البائع

(١) وإذا فسخ الشفيع ، لم يكن للمشتري الحق في أن يطالب بالعقار المبيع بعد إنقاص الثمن أو حتى بعد دفع الثمن بأكمله ولا بد من عقد جديد بين البائع والمشتري ، يأخذ بموجبه المشتري العقار بالثمن الذي يتفق عليه مع البائع (أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٠٤) .
(٢) أنظر في كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣١٤ - فقرة ٣٢٤ - وأنظر على زكي العرابي فقرة ١٢٣ - فقرة ١٢٤ - عبد السلام ذهني في الأموال فقرة ٥٢٤ . وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٢٠ (ويذهب إلى وجوب تطبيق أحكام الفقه الإسلامي في حالة الهلاك . ولا نرى وجهاً لهذا القول بعد أن نص القانون صراحة على أن الشفيع يحل محل المشتري في حقوقه والتزاماته ، والمقصود طبعاً بالحقوق والالتزامات تلك التي قررها القانون - لا الفقه الإسلامي - بالنسبة إلى المشتري ، ويدخل في ذلك تحمل تبعه الهلاك . فيجب إذن تطبيق أحكام التقنين المدني ، لا أحكام الفقه الإسلامي ، في تعيين من يتحمل تبعه هلاك العقار المشفوع فيه) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٣ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٣١ .

كما يرجع المشتري (١) . فيرجع الشفيع إذن على البائع بضمان التعرض الصادر من البائع نفسه ، وكذلك بضمان التعرض الصادر من الغير ويدخل في ذلك ضمان الاستحقاق . وتنص المادة ٤٣٩ مدني في هذا المعنى على أن « يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتاج به على المشتري . ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع ، إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه » .

ففيما يتعلق بضمان البائع لتعرضه هو ، يتحقق هذا الضمان إذا صدر من البائع عمل من شأنه أن يحول كلياً أو جزئياً دون انتفاع الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه . ويستوى في ذلك أن يكون التعرض مبنياً على سبب مادي (trouble de fait) ، أو أن يكون مبنياً على سبب قانوني (trouble de droit) . فالتعرض المبنى على سبب مادي إما أن يقوم على أعمال مادية محضة ، أو أن يقوم على تصرفات قانونية . فالتعرض الذي يقوم على أعمال مادية مثله أن يكون البائع قد باع قطعة أرض حدها بميدان مملوك له ، وأخذ الأرض شفيع بالشفعة ، فلا يجوز للبائع أن يلغى الميدان ويقسمه أجزاء لبيعه لأن في ذلك حرمان الشفيع من الانتفاع بمنظر الميدان ، ويكون البائع في هذه الحالة ملزماً بضمان التعرض المبنى على عمل مادي صادر منه هو (٢) . والتعرض الذي يقوم على تصرفات قانونية مثله أن يرهن البائع العقار بعد بيعه ، ويقيد الدائن المرتهن رهنه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، فيسرى الرهن في حق الشفيع . فهنا يقع تعرض من جانب الدائن المرتهن وهو تعرض صادر من الغير ، وهو في الوقت ذاته تعرض صادر من البائع نفسه لأن الدائن المرتهن في تعرضه قد

(١) نقض مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١٠٢ ص ٧٧٦ - وحتى لو كان المشتري هو الذي قبض الثمن من الشفيع ، فإنه لا شأن له بضمان الاستحقاق ، فلا يرجع الشفيع عليه ثم يرجع هو (أي المشتري) على البائع . بل يرجع الشفيع رأساً على البائع ، لأن الشفيع قد حل محل المشتري في البيع منذ إبرامه ، وهو بيع واحد اعتبر بعد الأخذ بالشفعة صادراً مباشرة منذ البداية من البائع إلى الشفيع ، لا بيع صادر من البائع إلى المشتري ثم بيع تال صادر من المشتري إلى الشفيع . أنظر محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣١٧ ص ٥٣٧ .

(٢) أنظر بالنسبة إلى المشتري استئناف وطني ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٢٥٠ .

استمد حقه من البائع ، وتعرض البائع في هذه الحالة يقوم على تصرف قانوني
لا على عمل مادي . يبقى تعرض البائع المبني على سبب قانوني ، ويتحقق إذا
ادعى البائع حقا على العقار المشفوع فيه في مواجهة الشفيع ، سواء كان الحق
المدعى به سابقا على البيع أولا حقا له . مثل الحق السابق على البيع أن يكون
البائع قد أفرز عقارا بموجب قسمة قابلة للإبطال ، ثم باع العقار فأخذه شفيع
بالشفعة ، فلا يجوز للبائع أن يطالب بإبطال القسمة لئلا يبطل البيع فتبطل
الشفعة ، فيكون هذا تعرضا من البائع للشفيع مبني على سبب قانوني سابق على
البيع . ومثل الحق اللاحق للبيع أن يبيع شخص عقارا غير مملوك له فيأخذ
شفيع بالشفعة ، ثم يصبح البائع مالكا للعقار بالإرث أو بالشراء مثلا ، فيحتج
على الشفيع بهذا الملك الحادث بعد البيع ، فعند ذلك يجوز للشفيع أن يدفع
دعوى البائع بالتزامه بضمان التعرض الصادر منه هو بسبب قانوني لاحق للبيع .
وقد لجأ القانون في هذه الحالة إلى طريق أقصر ، إذ جعل الملكية في مثل هذا
البيع ، وهو بيع ملك الغير ، تنتقل إلى المشتري أي إلى الشفيع إذا آلت ملكية
المبيع إلى البائع بعد صدور البيع (م ٢/٤٦٧ مدني) . والتزام البائع بعدم
التعرض للشفيع التزام دائم ، فيجب على البائع أن يمتنع عن التعرض للشفيع
في أي وقت بعد البيع ، ولو كان قد انقضى على البيع أكثر من خمس عشرة
سنة وهي مدة التقادم . فاذا أحل البائع بالتزامه بأن تعرض فعلا للشفيع ، تولد
عن الالتزام الأصلي بعدم التعرض التزام جزائي بالتعويض . وهذا الالتزام
الجزائي هو الذي يسقط بالتقادم ، فاذا لم يطالب به الشفيع في خلال خمس
عشرة سنة من وقت وقوع التعرض فعلا سقط بالتقادم . وتختلف طريقة تنفيذ
هذا الالتزام الجزائي باختلاف الأحوال التي يقوم فيها ضمان التعرض . فاذا
كان تعرض البائع للشفيع قائما على أعمال مادية محضة ، كالغاء البائع للميدان
الذي يطل عليه العقار المشفوع فيه ، وجب على البائع تعويض المشتري عما
عما أصابه من الضرر ، وجاز في الوقت ذاته أن يطلب الشفيع التنفيذ العيني
لالتزام البائع فيجبره على إعادة الميدان إلى ما كان عليه . وإذا كان تعرض
البائع قائما على تصرف قانوني صادر منه هو ، كرهنه العقار المشفوع فيه وقيد
هذا الرهن قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة ، فلا مياص من سريان الرهن

في حق الشفيع ، ويرجع الشفيع في هذه الحالة بالتعويض على البائع ، إما بموجب استحقاق الغير للعقار استحقاقا جزئيا كما سيأتى ، أو بموجب ضمان البائع للتعرض الصادر منه هو لأن الدائن المرتهن استمد حقه من البائع نفسه . وإذا كان تعرض البائع مبنيا على سبب قانوني بأن ادعى حقا على المبيع سابقا على البيع أولا حقا له ، فالجزء هنا يتخذ صورة خاصة هي أن ترد دعوى البائع بهذا الحق ، فاذا ادعى الملكية وأراد الاسترداد لم يستطع أن يسترد ، لأن من وجب عليه الضمان لم يجز له الاسترداد . وقد يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام التعرض الصادر من البائع ، إما بزيادة الضمان أو بانقاصه أو باسقاطه ، فيسرى هذا الاتفاق على الشفيع لأنه حل محل المشتري . والاتفاق على زيادة الضمان أو على إنقاصه جائز ، فيزيد الضمان أو ينقص تبعا لذلك بالنسبة إلى الشفيع . أما الاتفاق على إسقاط الضمان فغير جائز . وقد نصت المادة ١/٤٤٦ مدني على أنه « إذا اتفق على عدم الضمان ، بقی البائع مع ذلك مسئولاً عن أى استحقاق ينشأ عن فعله هو . ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك » . فاذا كان البائع لا يستطيع أن يحتج على المشتري بالاتفاق على إسقاط الضمان ، فانه لا يستطيع كذلك الاحتجاج بهذا الاتفاق على الشفيع^(١) .

وفيما يتعلق بضمان البائع للتعرض الصادر من الغير ، يجب التمييز بين التعرض المبني على سبب مادي والتعرض المبني على سبب قانوني . وقد رأينا في التعرض الصادر من البائع أنه يستوى أن يكون التعرض مبنيا على سبب قانوني أو مبنيا على سبب مادي ، أما في التعرض الصادر من الغير فيجب أن يكون هذا التعرض مبنيا على سبب قانوني . فالتعرض المبني على سبب مادي الصادر من الغير لا يضمنه البائع ، وما دام الغير لا يدعى أن له حقا على المبيع فالشفيع وشأنه مع المتعرض يدفع تعرضه بالوسائل التي أعطاها إياه القانون . فاذا ادعى الغير حقا على العقار المشفوع فيه ، فهذا هو التعرض المبني على سبب قانوني ويلتزم البائع بضمانه . ويشترط أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقا على البيع ، أو يكون تاليا له ولكنه مستمد من البائع . فاذا كان الحق تاليا للبيع وغير مستمد من البائع لم يلتزم البائع بالضمان . ومثل الحق السابق على البيع أن

(١) أنظر في كل ذلك الوسيط ٤ : فقرة ٢٢٨ - فقرة ٢٣٦ .

يكون البائع قد باع عقارا في حيازة الغير ، فأخذه شفيع بالشفعة ، ثم تبين أن الحائز للعقار قد ملكه قبل البيع بالتقادم الطويل أو التقادم القصير . فهنا يدعى الحائز حقا على العقار سابقا على البيع ، وهو حق الملكية الذي كسبه بالتقادم ، فيكون البائع ضامنا للشفيع هذا التعرض . ومثل الحق التالي للبيع وهو مستمد من البائع أن يكون البائع قد باع عقارا فأخذه شفيع بالشفعة ، وبعد البيع رتب البائع على العقار رهنا قيده صاحبه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة . فهنا يدعى الدائن المرتهن حقا على العقار لا حقا للبيع ولكنه مستمد من البائع ، وهو حق الرهن الذي قيده قبل تسجيل إعلان الرغبة ، فيكون البائع ضامنا أيضا هذا التعرض للشفيع . ومتى قام ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير على النحو المتقدم ، فإن البائع يجب عليه أن ينفذ التزامه بالضمان تنفيذا عينيا ، بأن يجعل الغير الذي تعرض للشفيع يكف عن تعرضه وينزل عن ادعائه (١) . فاذا عجز عن التنفيذ العيني ، بأن فاز الغير باثبات ما يدعيه وقضى له بالحق المدعى به ، فقد وجب على البائع أن ينفذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض ، فيعوض الشفيع عما أصابه من الضرر بسبب استحقاق المشفوع فيه وهذا هو ضمان الاستحقاق . وهو إما أن يكون ضمانا عن استحقاق كلي ، أو ضمانا عن استحقاق جزئي . ففي الضمان عن الاستحقاق الكلي . نصت المادة ٤٤٣ مدني على أنه « إذا استحق كل المبيع : كان للمشتري (وهنا المشتري هو الشفيع) أن يطلب من البائع : ١ - قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت . ٢ - قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع . ٣ - المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية . ٤ - جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقا للمادة ٤٤٠ . ٥ - ويوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع . كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيًا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله » (٢) .

(١) أنظر في تنفيذ الضمان تنفيذاً عينياً بطريق تدخل البائع ما سبق بيانه في هذا الشأن عند

الكلام في البيع (الوسيط ٤ فقرة ٣٤٧ - فقرة ٣٥٠) .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥٢ .

وفي الضمان عن الاستحقاق الجزئي ، نصت المادة ٤٤٤ مدني على أنه « إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلاً بتكليف ، وكانت خسارة المشتري (الشفيع) قد بلغت قدرها لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة السابقة ، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه . ٢ - فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التي لحقت له لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق » (١) . وقد يتوقى الشفيع استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مقابل للمستحق ، وفي هذه الحالة تنص المادة ٤٤٢ مدني على أنه « إذا توفى المشتري (الشفيع) استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات » (٢) . وقد يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام التعرض الصادر من الغير ، إما بزيادة الضمان أو بانقاصه أو باسقاطه ، فيسري هذا الاتفاق على الشفيع لأنه حل محل المشتري . على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي ، وعلى ذلك يقع هذا الشرط باطلاً أيضاً بالنسبة إلى الشفيع . وكذلك إذا اتفق على إسقاط الضمان دون أن يتعمد البائع إخفاء حق الأجنبي ، كان مع ذلك مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار . فتسري هذه الأحكام أيضاً على الشفيع وقد حل محل المشتري ، ويعتد في العلم بسبب الاستحقاق وفي الشراء مع سقوط الخيار بالمشتري لا بالشفيع . وفي هذا كله تنص المادة ٤٤٥ مدني على أنه « ١ - يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصا منه ، أو أن يسقطا هذا الضمان . ٢ - ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم

(١) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥٣ - وإذا رد الشفيع العقار للبائع بموجب هذه الأحكام ، لم يجز للمشتري أن يأخذ العقار المشفوع فيه بموجب عقد البيع الأصلي وإذا أراد أخذه ، كان ذلك بعقد جديد يبرمه مع البائع ، كما هو الأمر في الهلاك الجزئي إذا رد الشفيع العقار للبائع (أنظر آنفاً ص ٧٤ هامش ١) .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥٤ .

الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري .
 ٣ - ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه ، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي . وتنص المادة ٢/٤٤٦ مدني على ما يأتي : « أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فإن البائع يكون مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى ساقط الخيار (١) » .

٢٣٧ - التزام البائع بضمانه العيوب الخفية للشفيع : ويلتزم البائع أخيراً - مباشرة نحو الشفيع وحده - بضمان العيوب الخفية في العقار المشفوع فيه . ورجوع الشفيع المباشر على البائع وحده بضمان العيوب الخفية ، كرجوعه المباشر على البائع وحده بضمان التعرض والاستحقاق ، دليل قاطع على أن الشفيع قد حل محل المشتري من وقت البيع . وقد نصت المادة ٤٤٧ مدني في خصوص ضمان العيوب الخفية على أن « ١ - يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري (وقد حل محله الشفيع) وجودها فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له ، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده .
 ٢ - ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه » . فالعيب في العقار المشفوع فيه ، حتى يوجب الضمان ، يجب أن يكون مؤثراً ، وأن يكون قديماً أي موجوداً في العقار قبل تسليمه للمشتري أو للشفيع ، وأن يكون خفياً فإذا كان ظاهراً وقت أن تسلم العقار للمشتري أو للشفيع ورضي به هذا أو ذاك لم يضمنه البائع (٢) ، وأن يكون غير معلوم للمشتري وقت أن تسلم العقار فإذا كان

(١) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٥٥ - فقرة ٣٥٩ - وانظر في تفصيل ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير الوسيط ٤ فقرة ٣٣٧ - فقرة ٣٥٩ - وانظر محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٩٧ ص ٤٨٩ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣١٧ ص ٥٣٨ .

(٢) فإذا لم يكن ظاهراً ، ولكن البائع أثبت أن المشتري - لا الشفيع - كان يستطيع أن يتبين العيب بنفسه لو أنه فحص العقار بعناية الرجل العادي ، فلا ضمان على البائع . ومع ذلك =

الشفيع هو الذى تسلمه مباشرة من البائع وجب أن يكون العيب غير معلوم له^(١). فإذا وجد بالعقار عيب توافرت فيه الشروط المتقدمة ، وجب على الشفيع المبادرة إلى إخطار البائع به ، فإذا ما أخطره ، كان له أن يرجع عليه بالضمان . ويجب التمييز هنا بين ما إذا كان العيب جسيماً بحيث لو أن المشتري كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء ، وبين ما إذا كان العيب لم يبلغ من الجسامه هذا الحد . ففي الحالة الأولى يكون الشفيع مخيراً بين رد العقار المشفوع فيه وما أفاده منه إلى البائع والمطالبة بالمبالغ التى كان يطالب بها فى حالة الاستحقاق الكلى^(٢) ، وبين استبقاء العقار مع المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب . وفي الحالة الثانية لا يكون للشفيع إلا أن يطالب البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب^(٣) .

وتسقط بالتقادم دعوى ضمان العيوب الخفية إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع إلى المشتري ، فإذا لم يسلم إلى المشتري فمن وقت تسليمه رأساً إلى الشفيع . وقد نصت المادة ٤٥٢ مدنى فى هذا الصدد على أن « ١ - تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول . ٢ - على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم ، إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه »^(٤) .

= يجب الضمان على البائع فى هذه الحالة إذا أثبت الشفيع أحد أمرين : إما أن يكون البائع قد أكد للمشتري خلو العقار من العيب المعين الذى وجد به بعد ذلك ويستطيع الشفيع أن يثبت هذا التأكيد من البائع للمشتري بجميع طرق الإثبات ، أو أن البائع قد تعمد إخفاء هذا العيب عن المشتري غشاً منه وللشفيع أن يثبت ذلك أيضاً بجميع طرق الإثبات .

(١) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٦٥ - فقرة ٣٦٨ .

(٢) ولا يجوز للمشتري أن يأخذ العقار المشفوع فيه فى هذا الفرض بموجب عقد البيع الأسمى ، فإذا أراد أخذه لم يحز له ذلك إلا بعقد جديد يبرمه مع البائع ، كما هو الأمر فى الهلاك الجزئى وفى الاستحقاق الجزئى إذا رد الشفيع العقار للبائع (أنظر آنفاً ص ٧٤٥ هامش ١ وص ٧٥٠ هامش ١) .

(٣) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٧٢ - فقرة ٣٧٤ .

(٤) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٧٧ .

وقد يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية، إما بزيادة الضمان أو بإنقاصه أو بإسقاطه، فيسرى هذا الاتفاق على الشفيع لأنه حل محل المشتري. على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في العقار المشفوع فيه غشا منه، وعلى ذلك يقع هذا الشرط باطلا أيضا بالنسبة إلى الشفيع. وتنص المادة ٤٥٣ مدني في هذا الصدد على أنه «يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيذا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشا منه» (١).

٣٨٢ - التزام الشفيع برفع الثمن للبائع - الثمن المترجل - الفوائد :

والمفروض هنا أن البائع لم يقبض الثمن من المشتري، فإذا ما أخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بالشفعة، أصبح ملتزما بدفع الثمن للبائع. وغنى عن البيان أن مقدار الثمن يكون قد تعين إما في الحكم القاضي بالشفعة (٢)، أو بالتراضي بين جميع الأطراف إذا أخذت الشفعة بالتراضي. ففي الحالة الأولى، حالة الحكم بالشفعة، يكون الشفيع قد أودع الثمن خزانة المحكمة (٣)، فما على البائع إلا أن يسحب من خزانة المحكمة ما أودعه الشفيع، ويكون الشفيع قد وفى على هذا النحو بالتزامه بدفع الثمن (٤). وقد يكون ما أودعه الشفيع أكثر من

(١) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٧٨ - فقرة ٣٧٩ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٠٦.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٢.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٩ وما بعدها.

(٤) ولم يكن الشفيع ملزماً، بحسب قانون الشفعة السابق، بإيداع الثمن خزانة المحكمة. فكان البائع يستطيع التنفيذ بالثمن على أموال الشفيع بموجب الحكم القاضي بالشفعة، ولم يكن في حاجة إلى رفع دعوى جديدة بالثمن. وقد قضى، في عهد قانون الشفعة السابق، بأن الحكم الذى يقضى بالشفعة يقضى في الوقت نفسه بدفع الثمن، فليس المشتري في حاجة إلى قضاء جديد يلزم الشفيع بدفع ثمن هذه الصفقة، وإنما إذا تعلل الشفيع في حبس الثمن بوجود دين على العين تعين صدور حكم باستمرار التنفيذ (استئناف مصر ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٣). فلا محل إذن لتكليف المشتري رفع دعوى جديدة بالثمن لأن الثمن مقضى به في حكم الشفعة، وقد أصبح مقدراً غير متنازع فيه، بل إن رفع دعوى جديدة في شأنه تكون غير مقبولة لسبق الفصل فيها (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٨٨ ص ٤٨٠).

التمن الحقيقي ، بأن يكون قد أودع التمن المذكور في العقد ثم أثبت في دعوى الشفعة أن ما ذكر في العقد أكثر من التمن الحقيقي ، فمن حقه أن يسحب من خزانة المحكمة الفرق بين ما أودعه وبين التمن الحقيقي . بل له أن يتقاضى تعويضاً من البائع والمشتري متضامنين على أساس المسؤولية التقصيرية لأنهما تواطأ معا على ذكر تمن في العقد أكبر من التمن الحقيقي ، فيحكم له بالفوائد القانونية للزيادة التي أودعها من وقت الإيداع إلى وقت سحبها من خزانة المحكمة . ويحدث أن يودع الشفيع التمن المذكور في العقد ، ثم يثبت المشتري أو البائع أنه أقل من التمن الحقيقي (١) ، وعند ذلك يكون الشفيع ملتزماً بدفع الباقي من التمن للبائع . أما في الحالة الثانية ، حالة التراضي على الشفعة ، فإن الشفيع يكون ملتزماً بدفع كل التمن المتفق عليه للبائع ، لأنه لا يكون قد أودع شيئاً من التمن خزانة المحكمة .

وأياً كان المبلغ الذي يلتزم الشفيع بدفعه للبائع ، كل التمن أو الباقي منه ، فإنه يلتزم بدفعه فوراً . وهذا حتى لو كان البائع قد اتفق مع المشتري في الأصل على تأجيل التمن ، فليس للشفيع أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشتري . وقد رأينا (٢) أن الفقرة الثانية من المادة ٩٤٥ مدني تنص في هذا الصدد على ما يأتي : « وإنما لا يحق له (للشفيع) الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع التمن ، إلا برضاء البائع » . والسبب في ذلك واضح ، فإن البائع قد يضع في المشتري ثقة لا يضعها في الشفيع فيقبل أن يؤجل التمن للأول دون الثاني ، وقد تربطه بالمشتري دون الشفيع من الصلات ما يدفعه إلى تأجيل التمن للمشتري . فتأجيل التمن أمر منظور فيه لاعتبارات تتعلق بشخص المشتري ، فلا تتعدى هذه الاعتبارات إلى شخص الشفيع . ومع ذلك قد يرضى البائع ، كما يقول النص سالف الذكر ، بتأجيل التمن للشفيع أيضاً لأسباب يراها مبررة لذلك ، فيتأجل التمن على الشفيع على النحو الذي رضى به البائع (٣) . ورضاء البائع بتأجيل

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١٢ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٣ .

(٣) نقض مدني ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٥ ص ٩ - استئناف مصر

١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحامة ١٠ رقم ٢١٢ ص ٤٣٢ - استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢١

التمن للشفيع إنما يأتي بعد الأخذ بالشفعة ، أما في أثناء إجراءات دعوى الشفعة . فيجب على الشفيع أن يودع كل التمن خزانة المحكمة حتى لو كان البائع راضيا بتأجيل التمن وقد سبق بيان ذلك (١) . فإذا ما ثبت حق الشفيع في الشفعة ، ورضى البائع بتأجيل التمن أو تقسيطه ، استطاع الشفيع أن يسحب التمن كله أو بعضه من خزانة المحكمة باذن من البائع ، وعليه بعد ذلك أن يسدده للبائع في الأجل المتفق عليه أو بالأقساط المتفق عليها (٢) . هذا إذا أخذ الشفيع الشفعة قضاء ، فإن أخذها بالتراضي فإن التمن يكون مؤجلا أو مقسطا تبعا لما يتم الاتفاق عليه بينه وبين البائع .

وفي المدة التي يودع فيها التمن خزانة المحكمة ، من وقت الإيداع إلى وقت صدور الحكم بالشفعة وتمكن البائع من سحب التمن ، لا يلتزم الشفيع بدفع فوائد عن التمن ، لأن تعطيل التمن لم يكن بخطأه فقد أودعه خزانة المحكمة وكان على البائع والمشتري أن يسلما له بالشفعة فيقبض البائع التمن فوراً (٣) . وإذا كان المشتري دون البائع هو الذي لم يسلم بالشفعة ، كان رجوع البائع بالفوائد مدة تعطيل التمن في خزانة المحكمة على المشتري لا على الشفيع . فإذا ثبت حق الشفيع في الشفعة ، بالتقاضي أو بالتراضي ، وبقي التمن أو بعضه في ذمة الشفيع للبائع لسبب من الأسباب التي تقدم ذكرها ، فإن استحقاق البائع للفوائد تسري في شأنه القواعد العامة . وتنص المادة ٤٥٨ مدني في هذا الصدد على أنه « ١ - لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن التمن ، إلا إذا أعذر المشتري (وقد حل محله الشفيع) أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره . ٢ - وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره » . ويخلص من هذا النص أنه إذا كان الشفيع لم يدفع التمن إلى البائع ، سواء كان التمن حالاً واجب الأداء فوراً أو كان مقسطاً أو كان مؤجلاً إلى وقت معين ،

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١٣ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٦٦٤ .

(٣) استئناف مخطوط ٢٥ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٥ .

فان الشفيع لا يكون مسئولاً عن فوائد هذا الثمن إلا في حالات ثلاث : (١) إذا وجد اتفاق بين البائع والشفيع ، عند تأجيل الثمن مثلاً أو تقسيطه ، على أن الشفيع يدفع فوائد عن الثمن المستحق في ذمته . وتكون الفوائد في هذه الحالة فوائد اتفاقية لا يجوز أن تزيد على ٧٪ ، والاتفاق هو الذي يحدد من أي وقت تسري الفوائد المتفق عليها (١) . (٢) فإذا لم يوجد اتفاق على الفوائد ، كانت الفوائد مستحقة من وقت تسلم الشفيع للعقار المشفوع فيه إذا كان هذا العقار قابلاً لأن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، والفوائد المستحقة في هذه الحالة هي الفوائد القانونية . (٣) فإذا لم يتسلم الشفيع العقار المشفوع فيه أو تسلمه ولم يكن قابلاً لأن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، ولم يكن هناك اتفاق على دفع فوائد ، فان الفوائد لا تستحق على الثمن إلا إذا كان الثمن مستحق الوفاء وأعذر البائع الشفيع أن يدفعه ، فمن وقت الإعذار إلى وقت الدفع تجب الفوائد القانونية (٢) . وجزاء إخلال الشفيع بالتزامه من دفع الثمن والفوائد تسري في شأنه القواعد العامة ، فللبائع حق الفسخ (٣) ، كما له أن يحبس العقار

(١) ويغلب أن يتفق البائع مع الشفيع على دفع فوائد إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً ، وعلى أن تسري الفوائد من وقت البيع إلى وقت الوفاء بالثمن أو بكل قسط من أقساطه . ولكن لا يوجد ما يمنع البائع ، في الشفعة بالتراضي مثلاً ، من أن يشترط على الشفيع دفع فوائد اتفاقية حتى لو كان الثمن حالاً واجب الدفع فوراً ، فيكون على الشفيع أن يدفع الثمن فوراً فلا تجب عليه فوائد ، فان تأخر في الدفع كان للبائع أن يتقاضى منه الثمن بالطرق القانونية مع الفوائد المتفق عليها إلى يوم دفع الثمن .

(٢) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٩٤ .

(٣) وإذا فسخ البائع لم يحز للمشتري أن يأخذ العقار المشفوع فيه بموجب عقد البيع الأصلي ، فان أراد أخذه لم يحز له ذلك إلا بعقد جديد يبرمه مع البائع ، كما هو الأمر في الهلاك الجزئي والاستحقاق الجزئي والعيوب الخفية إذا رد الشفيع العقار للبائع (أنظر آنفاً ص ٧٤٥ هامش ١ وص ٧٥٠ هامش ١ وص ٧٥٢ هامش ٢) .

وإذا رفع البائع دعوى الفسخ ، كان للشفيع ، طبقاً للقواعد العامة ، أن يتوقى الفسخ بدفع الثمن إلى وقت صدور الحكم النهائي في دعوى الفسخ . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الحكم النهائي القاضي بالشفعة يعتبر سنداً للملكية المحكوم له للعين المشفوع فيها مقابل قيامه بدفع الثمن المبين في الحكم . فإذا كان هذا الحكم لم يحدد ميعاداً لدفع الثمن ، ورفعت على المحكوم له بالشفعة دعوى بطلب سقوط حكم الشفعة لتخلفه عن دفع الثمن ، فان هذه الدعوى هي ، حقيقتها بمثابة طلب فسخ سند التمليك . والمحكوم له بالشفعة أن يتوقى الفسخ بدفع الثمن =

في يده حتى يستوفي الثمن والفوائد ، وله حق امتياز البائع على هذا العقار (١) وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدني تقضي بأن للمشتري ثمر المبيع ونماءه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليفه من هذا الوقت أيضا . واستحقاق المشتري ، وقد حل محله الشفيع ، للثمرات والنماء لا يرجع إلى أن هذه تعتبر من ملحقات المبيع فتسلم إليه مع المبيع ، بل يرجع إلى أن المشتري قد أصبح مالكاً للمبيع وباعتباره مالكاً يملك ثمر ملكه ونماءه ويكون عليه تكاليفه (٢) . ويرتب على ذلك أن الشفيع ، بعد أن حل محل المشتري ، لا يملك ثمار العقار المشفوع فيه إلا من وقت أن تنتقل إليه ملكية هذا العقار ، وذلك سواء كان العقار لا يزال في يد البائع وهو الذي يستولي على ثماره ، أو سلم إلى المشتري فأصبح هو الذي يقبض هذه الثمار . وهنا تظهر الأهمية العملية في تحديد الوقت الذي تنتقل فيه ملكية العقار إلى الشفيع ، فإن الشفيع يملك الثمار من هذا الوقت (٣) . وقد رأينا أن لمحكمة النقض في هذه المسألة قضاء مستقرا ، يطبق عادة عند تسليم العقار المشفوع فيه للمشتري فيقبض هذا ثماره ويطالبه الشفيع بردها ، فرجىء بحث المسألة إلى حين الكلام في علاقة الشفيع بالمشتري (٤) . أما هنا فنقتصر على تملك الشفيع للثمار ، إذا كان العقار لا يزال في يد البائع ولم يتسلمه المشتري . ففي هذه الحالة ، وقد حل الشفيع محل المشتري ، فإنه يملك الثمار وهي في يد البائع من الوقت الذي كان المشتري يملكها فيه . ونقضي المادة ٤٥٨ / ٢ مدني كما رأينا بأن للمشتري ثمر المبيع ونماءه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا . فيتملك الشفيع ، وقد حل محل المشتري كما قدمنا ، الثمار وهي في يد البائع من وقت تمام البيع ، فله

= المحدد في حكم الشفعة إلى وقت صدور الحكم النهائي في هذه الدعوى (نقض مدني ٣ ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٦٥ ص ١١٣٤) . وانظر أيضاً استئناف وطني ٢٢ يناير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٧ ص ٨٩ .

(١) أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٤٠١ - فقرة ٤١٥ .

(٢) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٣٩ وفقرة ٢٨٢ وفقرة ٣٩٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٢ .

(٤) أنظر مايل فقرة ٢٤٥ .

أن يطالب البائع بها . وعليه أن يرد للبائع ، من ذلك الوقت أيضا ، التكاليف كالضرائب ونفقات حفظ العقار وصيانته ونفقات الاستغلال ومصروفات تحصيل الثمرة ونحو ذلك (١) .

٢٣٩ - التزام الشفيع بتسليم العقار المشفوع فيه : يلتزم الشفيع بتسليم العقار المشفوع فيه ، يتسلمه من البائع إذا كان لا يزال في يده ، أو يتسلمه من المشتري إذا كان هذا قد تسلمه . وقد نصت المادة ٤٦٣ مدني ، في صدد تسليم المشتري (وقد حل محله الشفيع) للمبيع ، على أنه « إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسليم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه وقت البيع ، وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن » . ونصت المادة ٤٦٤ على أن « نفقات تسليم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك » . والتسليم ، في أغلب صورته ، هو العملية المتممة للتسليم . فالبايع يلتزم بتسليم المبيع ، والشفيع يلتزم بتسليمه بأن يستولى عليه فعلا . وقد قضى بأنه لا يجوز للشفيع ، بعد القضاء له بالشفعة ، أن يرفض تسليم العقار المشفوع فيه ودفع الثمن ، بحجة أن الحكم صدر لمصلحته وأنه متنازل عنه ، وذلك لأن الحكم قد خول حقا للمشتري أو البائع ، وهو قبض الثمن (٢) .

ونفقات تسليم المبيع تكون على البائع ، أما نفقات تسامه فتكون على المشتري وقد حل محله الشفيع (٣) .

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٩٣ .

(٢) استئناف وطني ١٤ مايو سنة ١٩٠٨ الاستقلال ٦ ص ٢٩٢ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٩٤ - وقارن استئناف وطني ١٧ مايو سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٦٤ - وقضى أيضاً بأنه ليس للشفيع أن يرغم المشتري على انتظاره حتى يختار هو الوقت المناسب له لتسليم العين ودفع الثمن (مصر الكلية ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجامعة ٨ رقم ٢٦٥ ص ٣٧٦) - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٨٨ ص ٤٨٠ .

(٣) أنظر في تفصيل الالتزام بتسليم البيع الوسيط ٤ فقرة ٤٢١ - فقرة ٤٢٥ - وقد يوجب عقد البيع على المشتري التزامات خاصة ، فيلتزم بها الشفيع لأنه حل محل المشتري . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشفيع يلتزم بالشرط الوارد في عقد البيع ، والذي يلزم المشتري ببناء منزل للسكنى في الأرض المبيعة في خلال عام من وقت البيع ، وإلا فسخ البيع (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٦) .

§ ٢ - عرق الشفع بالمشتري

٢٤٠ - نص قانوني : تنص المادة ٩٤٦ مدني على ما يأتي :

- ١ - « إذا بني المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة في الشفعة ، كان الشفع مازماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبالغ الذي أنفقه أو مقدار مازاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس . »
 - ٢ - « وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة ، كان للشفع أن يطالب بالإزالة ، فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس » (١) .
- ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادة ١٠ . (٢)

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٥٠ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٣ - وفي قانون المالكية العقارية اللبناني لا مقابل (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثالثة تجرى على الوجه الآتى : «أما ماصرف في حفظ العقار وصيانته ، فليزىم دفعه في كل الأحوال للمشتري المشفوع منه» . وفي لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة الثالثة لأنها تطبق للقواعد العامة ، ووافقت اللجنة على النص بعد تعديله على هذا الوجه تحت رقم ١٠٢٠ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٦ - ص ٤٣٨) .

(٢) قانون الشفعة السابق م ١٠ : إذا بني المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً ، قبل طلب الأخذ بالشفعة ، يكون الشفع ملزماً ، بناء على رغبة المشتري ، إما أن يدفع له ماصرفه أو ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس - أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد طلب الأخذ بالشفعة ، فللشفيع الخيار إذا شاء طلب إزالتها ، وإن شاء طلب بقاءها . وفي هذه الحالة لا يلزم إلا بدفع قيمة الأدوات وأجرة العمل أو مصاريف الغراس . أما ما صرف في حفظ العقار وصيانته ، فليزىم دفعه في كل الأحوال للمشتري المشفوع منه . (وأحكام التقنين المدني الجديد تتفق مع أحكام قانون الشفعة السابق) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٥٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي ١١٤٣ : ١ - إذا بني المشتري في العقار المشفوع أو غرس =

والنص يواجه خصوصية هامة من خصوصيات علاقة الشفيع بالمشتري . ويمكن القول بوجه عام إن المشتري إما أن يتسلم العقار المشفوع فيه من البائع ، وعندئذ تنشأ علاقات متعددة بينه وبين الشفيع بسبب انتقال حيازة العقار المشفوع فيه إليه ، أو لا يتسلمه . وفي الحالة الأخيرة ، إذا لم يتسلم الشفيع العقار المشفوع فيه ، فإن علاقته بالشفيع تكون جد محدودة ، فهو قد اختفى من الصفقة كما قدمنا وحل الشفيع محله فيها ، ولم يتسلم العقار المشفوع فيه حتى ينشأ عن هذا التسلم حقوق والتزامات لكل منهما قبل الآخر ، وتكاد تنحصر العلاقة بينهما في رجوع المشتري على الشفيع بمصروفات البيع التي يلتزم بها المشتري عادة في دفعها ، فإذا أخذ الشفيع بالشفعة رجع بها عليه ، سواء تسلم العقار أو لم يتسلمه . ويستوى في ذلك أن يكون المشتري قد سجل عقد شرائه أو لم يسجله . أما إذا تسلم المشتري العقار المشفوع فيه من البائع ، وهذا هو الغالب ، فسواء سجل عقد شرائه أو لم يسجله ، فإن حقوقاً له قد تنشأ قبل الشفيع ، وتنشأ للشفيع حقوق قباه . ذلك أن المشتري ، وقد اختفى من الصفقة ولكنه تسلم العقار المشفوع فيه ، يمكن اعتباره حائزاً لهذا العقار ، ويكون حائزاً حسن النية قبل إعلانه برغبة الشفيع في الشفعة ، وحائزاً سيئ النية بعد إعلانه بهذه الرغبة . وعلى ذلك تكون حقوق المشتري قبل الشفيع ، إذا تسلم المشتري العقار المشفوع فيه ، هي : (١) استرداد الثمن إذا كان قد وفاه للبائع ، واسترداد مصروفات البيع لأنه يكون قد دفعها ؛ (٢) التعويض عن

= فيه أشجاراً قبل أن يبلغ بالرغبة في الأخذ بالشفعة ، كان الشفيع ملزماً بأن يدفع للمشتري مقدار مازاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس . ٢ - أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد تبليغ الرغبة في الأخذ بالشفعة ، كان للشفيع أن يطلب القلع . وإذا كان القلع مضرراً بالعقار ، كان له أن يستبق البناء أو الغراس بقيمتيهما مستحق القلع . (ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري في أن التقنين الأول يلزم الشفيع بأن يدفع للمشتري زيادة القيمة في حالة البناء أو الغراس قبل إعلان الرغبة ، أما التقنين المصري فيخير المشتري بين هذه القيمة وقيمة ما أنفق . ويختلفان ، في حالة البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة ، في أن التقنين العراقي يعطى للشفيع إذا كان القلع مضرراً بالعقار الحق في استبقاء البناء أو الغراس بقيمته مستحق القلع ، أما في التقنين المصري فالشفيع إذا استبق البناء أو الغراس يلتزم بدفع قيمة ما أنفق المشتري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة ، إذا كان قد أنفق على العقار المشفوع فيه شيئاً من ذلك . (٣) التعويض عن البناء أو الغراس ، إذا كان قد بنى أو غرس في العقار المشفوع فيه ، طبقاً للأحكام الواردة في المادة ٩٤٦ مدني سالفه الذكر . وأما حقوق الشفيع قبل المشتري فهي : (١) تسلم العقار المشفوع فيه وما ينطوي عليه ذلك من تحمل تبعة الهلاك ، لأن المشتري وقد تسلم العقار المشفوع فيه من البائع يلتزم بتسليمه للشفيع . ولا يلتزم المشتري بنقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع ولا بضمان التعرض والاستحقاق ولا بضمان العيوب الخفية ، فهذه كلها التزامات يتحمل بها البائع رأساً نحو الشفيع ، وقد تقدم القول فيها . (٢) استرداد ثمار العقار المشفوع فيه ، لأن المشتري وقد تسلم هذا العقار يكون قد قبض ثماره . فنبحث هذه المسائل الخمس على التتابع .

٢٤١ - هو المشتري في استرداد الثمن منه الشفيع واسترداد

مصرفات البيع : المفروض هنا أن الثمن غير مؤجل ، وأن المشتري قد دفعه للبائع . فإذا أخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بالشفعة قضاء ، فأودع الثمن خزنة المحكمة ، سحب المشتري الثمن من الخزنة ، فاسترد على هذا النحو الثمن الذي سبق أن دفعه للبائع ، وبذلك يكون الشفيع قد وفى التزامه نحو المشتري من رد الثمن إليه . وقد سبق بيان ما يجب خصمه من المبلغ المودع خزنة المحكمة إذا أثبت الشفيع أن هذا المبلغ أكبر من الثمن الحقيقي ، وما يجب إضافته إلى هذا المبلغ إذا أثبت البائع أو المشتري أنه أقل من الثمن الحقيقي ، فنحيل إلى ما تقدم في هذا الشأن (١) . وفي حالة التراضي على الشفعة ، يكون الشفيع ملتزماً بدفع الثمن المتفق عليه للمشتري (٢) . وأياً كان المبلغ الذي يلتزم الشفيع بدفعه ، كل الثمن أو الباقي منه ، فإنه يلتزم بدفعه فوراً للمشتري . ولا يلتزم الشفيع بدفع فوائد عن

(١) أنظر آنفاً ص ٧٥٣ - ص ٧٥٤ .

(٢) وليس للمشتري ، في جميع الأحوال ، أن يطلب من الشفيع مبلغاً أكبر من الثمن الحقيقي الذي اشترى به بدعوى أن العقار قد زادت قيمته ، إذا كانت هذه الزيادة نتيجة لأسباب اقتصادية عامة وليست من فعل المشتري . كذلك لا يجوز للشفيع أن يطلب إنقاص الثمن بدعوى أن العقار قد قلت قيمته نتيجة لهذه الأسباب الاقتصادية العامة . أنظر في هذا المعنى محمد كامل مرسى

الثلث ، إلا في الحالات التي سبق أن بينها في التزام الشفيع بدفع الثمن للبائع (١). وإذا أخل الشفيع بالتزامه بدفع الثمن وفوائده للمشتري ، وجب تطبيق القواعد العامة . ولما كان البائع قد استوفى الثمن من المشتري كما سبق القول ، فإنه يمتنع الفسخ لعدم رد الشفيع الثمن للمشتري (٢) . ذلك بأن المشتري إنما يسترد من الشفيع الثمن الذي دفعه للبائع ، لأنه دفع عنه ديناً واجباً في ذمته للبائع ، فيكون رجوع المشتري على الشفيع طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب . ومن ثم لا يكون للمشتري حق الفسخ كما قدمنا ، وإنما يكون له حق التنفيذ على أموال الشفيع ، كما أن له أن يحبس العقار المشفوع فيه حتى يسترد من الشفيع الثمن والفوائد (٣).

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٨ - وذلك لأن الشفيع قد أودع الثمن خزانة المحكمة ، فن وقت الإيداع إلى وقت صدور الحكم النهائي بالشفعة وتمكن المشتري من سحب الثمن من خزانة المحكمة إذا كان قد وفاه للبائع ، لا يلتزم الشفيع بدفع فوائد عن الثمن ، لأن تعطيل الثمن لم يكن بخطأ منه ، وقد قررنا مثل ذلك بالنسبة إلى البائع (أنظر آنفاً فقرة ٢٣٨) . وعلى ذلك يكون غير صحيح ما ورد في المذكرة الإيضاحية من أن «المشتري أن يطالب بالفوائد من الوقت الذي لا يملك فيه الثمار» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٠) ، أي من وقت إعلان المشتري بالرغبة في الأخذ بالشفعة. فإن المشتري ، من ذلك الوقت ، يكون ملزماً برد الثمار للشفيع (أنظر مايلي ص ٧٧٤ ، ولا يجوز له مع ذلك تقاضي فوائد عن الثمن من الشفيع ، إذ أن الشفيع يكون قد أودع الثمن خزانة المحكمة وحرم نفسه من الانتفاع به ، وذلك بسبب علم تسليم المشتري بالشفعة عن غير حق . على أن ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع إنما كان تفسيراً لما جرى به الحكم في هذا المشروع من أن الشفيع لا يلزم إلا بإيداع ثلث الثمن ، ومن ثم يكون ملزماً بدفع فوائد ما لم يودعه من الثمن في خزانة المحكمة (أنظر في هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٣١٩ ص ٥٤١ - وانظر هذه المسألة : استئناف مصر ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٣ - استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٠٥ - ٢٥ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٩٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٩٥) .

(٢) قارن استئناف مصر ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦٠٨ ص ١٣٨١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٩٣ والأحكام المشار إليها فيه .

(٣) استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٣ . وفي عهد قانون الشفعة السابق وكان لا يلزم الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة ، استقر القضاء على أنه يجوز أن يقرن الحكم بالشفعة بالزام الشفيع بدفع الثمن للمشتري في خلال مدة معينة ، وإلا سقط حقه في الشفعة دون حاجة للتنبيه عليه من المشتري ، حتى لو لم ينص الحكم على سقوط الحق جزءاً على عدم الدفع (نقض مدني ٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٨ ص ٤٠١ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦ ص ٩٥) . وقد قضت محكمة النقض بأن وجوب اختصاص البائع والمشتري بدعوى الشفعة لإجراؤه أوجب القانون =

ويسترد المشتري من الشفيع أيضاً مصروفات البيع ، سواء كانت رسمية كرسوم توثيق البيع المشفوع فيه ورسوم الدمغة ورسوم التصديق على الإمضاءات ورسوم التسجيل ورسوم استخراج الشهادات العقارية ، أو كانت غير رسمية كالسمسة وأتعاب المحاماة ومصروفات معاينة الأرض المشفوع فيها . وهذه المصروفات التزم المشتري بدفعها عند شرائه العقار ، وقد نصت المادة ٤٦٢ مدني في هذا الصدد على أن « نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك » . وعلى هذا يسترد المشتري من الشفيع هذه المصروفات طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب كما في استرداد الثمن ، ويكون للمشتري حق التنفيذ على أموال الشفيع وله أن يحبس العقار المشفوع فيه . وقد قدمنا أن الشفيع لا يلتزم بإيداع مصروفات البيع مع الثمن خزانة المحكمة إذا رفع دعوى الشفعة ، وإنما تكون هذه المصروفات محل مطالبة من المشتري للشفيع في أثناء نظر الدعوى ، وعلى المشتري أن يثبت مقدار ما أنفقه منها حتى يقضى له به على الشفيع (١) .

٢٤٢ - من المشتري في التعويض عن المصروفات الضرورية

والمصروفات النافعة : وقد ينفق المشتري على العقار المشفوع فيه ، بعد أن يتسلمه من البائع ، مصروفات ضرورية أو مصروفات نافعة أو مصروفات كمالية . وفي هذه الحالة يعتبر المشتري حائزاً للعقار المشفوع فيه ، وقد أنفق عليه هذه المصروفات ، ف يرجع بها على المالك وهو هنا الشفيع ، طبقاً للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن . وتنص المادة ٩٨٠ مدني في هذا الصدد على أنه « ١ - على المالك الذي

= على خلاف الأصل الذي يقضى بأن المدعى حر في توجيه دعواه إلى من يشاء ، فلا يجوز التوسع في مفهوم هذا الاستثناء . ولما كان ذلك ، وكانت دعوى الشفعة تنتهي بصدور الحكم فيها ، فإنه لا يشترط لقبول الدعوى التي ترفع بطلب سقوط حكم الشفعة اختصاص البائع فيها (نقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٣٩ ص ٢٧٦) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١٤ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى بملحقات الثمن دون أن يعين مقدارها ، وكان هذا المقدار كما هو ثابت من المستندات المقدمة في الطعن محل نزاع بين الطرفين ، فإن إغفاله يكون قصوراً مستوجباً نقضه في هذا الخصوص (نقض مدني ١٣ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٥ رقم ١٧٥ - ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٧٣٥ رقم ١٧٦ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ١٠١٦) .

يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية ،
 ٢ - أما المصروفات النافعة فيسرى في شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ ،
 ٣ - فإذا كانت المصروفات كمالية ، فليس للحائز أن يطالب بشيء منها . ومع
 ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته
 الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة .
 وتقضي المادة ٩٨٢ مدني بأنه يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه
 مناسباً للوفاء بالمصروفات المتقدمة الذكر ، « وله أن يقضي بأن يكون الوفاء
 على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة ، وللمالك أن يتحلل من
 هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوماً منها فوائد لها
 بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها » .

وسنتولى شرح هذه الأحكام تفصيلاً عند الكلام في الحيازة وفي علاقة
 الحائز بالمالك . ونقتصر هنا على القول بأن المشتري ، إذا أنفق على العقار
 المشفوع فيه مصروفات ضرورية ، استردها بأكملها من الشفيع ، وعليه أن
 يثبت مقدار هذه المصروفات ، في أثناء دعوى الشفعة ليقضى له بها ، أو أن
 يرفع بها دعوى على حدة . أما المصروفات النافعة ، فيطبق في شأنها قواعد
 الالتصاق المقررة في المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ مدني ، وقد مر ذكرهما عند الكلام
 في قواعد الالتصاق (١) . ويجب التمييز في هذا الصدد بين ما إذا كانت هذه
 المصروفات النافعة قد أنفقت على العقار المشفوع فيه قبل إعلان المشتري برغبة
 الشفيع في الشفعة فيكون المشتري في هذه الحالة حسن النية وتسرى عليه أحكام
 المادة ٩٢٥ مدني (٢) ، وما إذا كانت هذه المصروفات قد أنفقت بعد إعلان
 المشتري برغبة الشفيع في الشفعة فيكون المشتري في هذه الحالة سيئ النية وتسرى
 عليه أحكام المادة ٩٢٤ (٣) . وفي الحالتين يطالب المشتري الشفيع بالتعويض
 عن المصروفات النافعة طبقاً للأحكام المشار إليها إما في أثناء نظر دعوى
 الشفعة ، أو في دعوى على حدة . وإذا كانت المصروفات كمالية ، فليس

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ - فقرة ١٠٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٤ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٠٤ .

للمشتري أن يطالب الشفيع بشيء منها ، سواء أنفقت هذه المصروفات بعد إعلان المشتري برغبة الشفيع في الشفعة أو قبل إعلان هذه الرغبة . ويكون الشفيع بالخيار بين أن يستبقى المنشآت الكمالية التي استحدثها المشتري مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو أن يجبر المشتري على إزالتها وعلى إعادة العقار إلى حالته الأولى . ويطالب الشفيع المشتري بذلك إما في أثناء نظر دعوى الشفعة ، أو في دعوى على حدة . وللمشتري حبس العقار المشفوع فيه حتى يسترد من الشفيع المستحق له ، بسبب المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة والمصروفات الكمالية .

٢٤٣ - حق المشتري في التعويض والغراس : وقد يبنى

المشتري في العقار المشفوع فيه أو يغرس فيه أشجارا ، بعد أن يتسلمه من البائع . وقد تكفلت المادة ٩٤٦ مدني سالفه الذكر ^(١) ببيان ما يرجع به المشتري على الشفيع من التعويض بسبب هذا البناء أو الغراس . ولم يطبق المشرع ، في هذه المادة ، الأحكام العامة في الالتصاق ، بل انحرف عنها كثيرا ^(٢) . فقد ميز بين حالتين : حالة ما إذا بنى المشتري أو غرس قبل إعلانه بالرغبة في الشفعة فاعتبر المشتري في هذه الحالة حازا حسن النية ، وحالة ما إذا بنى أو غرس بعد إعلانه بهذه الرغبة فاعتبر في هذه الحالة حائزا سيء النية . ولم تطبق الأحكام العامة في الالتصاق في كلتا الحالتين ، بل عوّل على المشتري في كل منهما معاملة أفضل مما تقضي به هذه الأحكام . والسبب في ذلك أن المشتري عندما يبنى أو يغرس في العقار المشفوع فيه ، سواء كان ذلك قبل إعلان الرغبة في الشفعة أو بعد إعلانها ، إنما يبنى أو يغرس في عقار اشتراه . فعنده من الأسباب ما يبرر أن يتصرف في هذا العقار تصرف المالك ، فيبنى فيه أو يغرس ، وقد يتصرف فيه بالبيع أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٠ .

(٢) وقد قيل ، في غير انتباه ، عكس ذلك وأن المادة ٩٤٦ مدني تردد المبادئ العامة المقررة في الالتصاق ، في لجنة الأستاذ كامل صدق . إذ قال أحد الأعضاء ، عندما عرض النص على اللجنة ، «إن هذا النص ، وإن كان يردد المبادئ العامة المقررة في باب الالتصاق ، إلا أنه يحسن الإبقاء عليه في باب الشفعة ، إذ أن حذفه قد يدع مجالا لتطبيقات تتجاف هذه المبادئ» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٧ في الهامش) .

كما سنرى . وهو ، حتى بعد إعلانه بطلب الشفعة ومعارضته لهذا الطلب ، قد يكون على حق في هذه المعارضة ، أو في القليل قد يعتقد أنه على حق فيها ، فلم يشأ أن يشل نشاطه ، وأقبل يبنى أو يغرس في العقار المشفوع فيه (١) .

وفي الحالة الأولى ، عندما يبنى المشتري أو يغرس قبل إعلان الرغبة في الشفعة ، تقضى الفقرة الأولى من المادة ٩٤٦ مدنى كما رأينا بأن المشتري يكون بالخيار بين أن يطالب الشفيع بما أنفقه في البناء أو الغراس (٢) أو بمقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغرس ، أى القيمتين أكبر . فهنا قد عومل المشتري في الشفعة معاملة أفضل من الحائز حسن النية في الأحكام العامة للالتصاق ، فإن هذا يتقاضى ما أنفقه في البناء أو الغراس أو ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس أى القيمتين أقل . يضاف إلى ذلك أنه في الأحكام العامة في الالتصاق « إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامه يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها : كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل » (م ٩٢٥ / ٢ مدنى) . فيستطيع إذن صاحب الأرض ، في الأحكام العامة في الالتصاق ، أن يتفادى تعويض الحائز عن البناء أو الغراس ، بأن يطلب تملكه الأرض في نظير تعويض عادل . أما في الشفعة ، فلا يستطيع الشفيع أن يتفادى تعويض المشتري عن البناء أو الغراس بأن يطلب تملكه العقار في نظير تعويض عادل ، إذ لم يرد في الشفعة نص في هذا المعنى كما ورد هذا النص في الأحكام العامة في الالتصاق . والسبب في ذلك واضح ، فإن الشفيع إذا أراد أن يتفادى تعويض المشتري عن البناء أو الغراس ، فإن الأولى به ألا يطلب أخذ العقار بالشفعة ، بدلا من أن يأخذه ثم يعيده إلى المشتري في نظير تعويض عادل . بقی أنه في الأحكام العامة في الالتصاق ، يجوز للحائز أن يطلب نزع المنشآت التى استحدثها على أن يعيد الأرض إلى أصلها (م ٩٢٥ / ١ مدنى) . وهذا أيضا جائز في الشفعة ، فيصح

(١) أنظر آنفاً فقرة ١١٣ .

(٢) وقد قضى بأن أتعاب المقاول الذى كلفه المشتري قبل إعلانه بطلب الشفعة تحضير رسوم وبيانات عن مصروفات البناء المراد إقامته على الأرض المشفوع فيها تدخل ضمن المبالغ التى يلزم الشفيع بدفعها ، ولكن تصير هذه الرسوم والبيانات ملكاً للشفيع (استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٩) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٢٠ ص ٥٠٨ .

للمشتري ، بدلا من أن يتقاضى من الشفيع التعويض المنصوص عليه في المادة ٩٤٦ مدني ، أن يطلب نزع البناء أو الغراس من العقار المشفوع فيه على أن يعيد العقار إلى أصله (١) .

وفي الحالة الثانية ، عندما يبنى المشتري أو يغرس بعد إعلان الرغبة في الشفعة ، تقضى الفقرة الثانية من المادة ٩٤٦ مدني كما رأينا أنه يصح للشفيع أن يطلب إزالة البناء أو الغراس على نفقة المشتري وإعادة العقار إلى أصله مع التعويض إن كان له مقتض . وإلى هنا يتساوى المشتري في الشفعة مع الحائز سيء النية في الأحكام العامة في الالتصاق ، فانه طبقا لهذه الأحكام يجوز لصاحب الأرض « أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه » (م ٩٢٤ / ١ مدني) (٢) . ولكن يجوز لكل من الشفيع في أحكام الشفعة ولصاحب الأرض في الأحكام العامة في الالتصاق أن يطلب استبقاء البناء أو الغراس . وفي هذا الفرض يعامل المشتري في الشفعة معاملة أفضل من معاملة الحائز سيء النية في الأحكام العامة في الالتصاق . فالمشتري في الشفعة ، طبقا لأحكام المادة ٩٤٦ / ٢ مدني ، يتقاضى من الشفيع ما أنفقه في البناء أو الغراس ، أما الحائز سيء النية في الأحكام العامة في الالتصاق فلا يتقاضى ، طبقا لأحكام المادة ٩٢٤ / ١ مدني ، إلا أقل القيمتين ، قيمة البناء أو الغراس مستحق الإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء أو الغراس (٣) .

٢٤٤ - هو الشفيع في تسليم العقار المشفوع فيه منه المشتري -

نعمه المهرول ولما كان المشتري قد تسلم العقار المشفوع فيه من البائع ، فانه بعد الأخذ بالشفعة يلتزم بتسليمه للشفيع . وكل ما ذكرناه من أحكام في تسليم البائع العقار المشفوع فيه للشفيع يسرى هنا في تسليم المشتري هذا العقار للشفيع . فالمشتري يلتزم بتسليم العقار بالحالة التي كان عليها وقت البيع ، وبالمقدار الذي

(١) أنظر آنفاً فقرة ١١٣ .

(٢) وقد حدد النص لصاحب الأرض ، ليتقدم بهذا الطلب ، ميعاد ستة من اليوم الذي يعلم فيه باقامة المنشآت (م ٩٢٤ / ١ مدني) ، ولم تحدد المادة ٩٤٦ مدني ميعاداً للشفيع للتقدم بنفس الطلب .

(٣) أنظر في كل ما تقدم آنفاً فقرة ١١٣ .

عين له في العقد، وبالملاحقات التي تتبعه . ويكون التسليم بوضع العقار تحت تصرف الشفيع بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة العقار . ويتم التسليم فوراً بمجرد ثبوت حق الشفيع في الشفعة ، فاذا تأخر المشتري عن التسليم ، كان للشفيع أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا التأخر (١) .

يبقى أن نحدد على من تقع تبعة هلاك العقار المشفوع فيه ، إذا هلك هذا العقار بسبب أجنبي قبل أن يسلمه المشتري للشفيع (٢) . لا شك في أن هذه التبعة لا تقع على البائع ، فهو قد سلم العقار إلى المشتري فارتفعت عنه بهذا التسليم تبعة الهلاك . ويبقى تحمل التبعة محصوراً بين المشتري والشفيع ، وكثير من الفقهاء يذهبون إلى أن تبعة هلاك العقار قبل أن يسلمه المشتري للشفيع تقع على المشتري (٣) . وحجتهم في ذلك أن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع لأنه ملتزم بالتسليم ، وقد أصبح المشتري هو الملتزم بالتسليم فتقع عليه هو تبعة الهلاك .

ولكن يلاحظ على هذا الرأي أن تبعة الهلاك إنما تقع على الملتزم بالتسليم إذا كان الالتزام بالتسليم متفرعاً عن الالتزام بنقل الملكية ، فيكون الالتزام بالتسليم ليس في حقيقته إلا التزاماً مكملًا للالتزام بنقل الملكية إذ لا تخلص الملكية فعلاً إلا بالتسليم (٤) . أما هنا فالمشتري ليس ملتزماً بنقل الملكية للشفيع ، بل الملتزم بنقلها هو البائع كما قدمنا ، والبائع قد ارتفعت عنه التبعة بتسليم العقار إلى المشتري كما سبق القول . فعلى أي أساس إذن يبنى تحمل المشتري لتبعة الهلاك قبل التسليم ؟ في رأينا أن المشتري لا يتحمل تبعة الهلاك لأنه ملتزم بالتسليم ، إذ التزامه بالتسليم هو التزام مستقل وليس متفرعاً عن التزام بنقل

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٥ .

(٢) أما بعد تسليمه للشفيع ، فغنى عن البيان أن تبعة الهلاك ، كلياً كان الهلاك أوجزئاً ، تكون على الشفيع . كذلك تكون تبعة الهلاك الكلي أو الجزئي على الشفيع حتى لو لم يتسلم العقار من المشتري ، إذا كان المشتري قد أعذره قبل الهلاك بأن يتسلم العقار .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٠٠ - إسماعيل غانم ص ٩٥ - عبد المنعم فرج الصدة

فقرة ٢٢٠ ص ٥٠٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٣ ص ٣٦٢ .

(٤) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٣١٦ .

الملكية . والأصل أن الذي يتحمل تبعة الهلاك في هذه الحالة هو المالك (١) ، والمالك هنا هو الشفيع متى سجل سند شفيعته (الحكم بالشفعة أو إقرار المشتري بها) ، فكان ينبغي أن يكون الشفيع هو الذي يتحمل تبعة الهلاك . ولكن المشتري ، قبل تسليمه العقار للشفيع ، يعتبر حائزاً له كما قدمنا ، حائزاً حسن النية قبل إعلانه بالرغبة في الشفعة ، وحائزاً سيء النية بعد هذا الإعلان . وقد بين القانون في نصوص صريحة على من تقع تبعة هلاك الشيء ، إذا هلك وهو في يد الحائز . فنصت المادة ٩٨٣ مدني على أنه « ١ - إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشيء وفقاً لما يحسبه من حقه ، فلا يكون مسئولاً قبل من هو ملزم برد الشيء إليه عن أي تعويض بسبب هذا الانتفاع . ٢ - ولا يكون الحائز مسئولاً عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف ، إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف » . وعلى ذلك تكون تبعة الهلاك على الشفيع ، إذا هلك العقار بسبب أجنبي وهو في يد المشتري قبل إعلانه بالرغبة في الشفعة ، أي طالما كان المشتري معتبراً حائزاً حسن النية (٢) . وتنص المادة ٩٨٤ مدني على أنه « إذا كان الحائز سيء النية ، فانه يكون مسئولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ ، إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه » . وعلى ذلك تكون تبعة الهلاك على المشتري إذا هلك العقار وهو في يده بعد إعلانه بالرغبة في الشفعة ، أي عندما يعتبر حائزاً سيء النية . وسنعود إلى بحث المادتين ٩٨٣ و ٩٨٤ مدني عند الكلام في الحيازة وفي علاقة الحائز بالمالك (٣) ، ونقتصر هنا على القول بأن هاتين المادتين هما المنطقتان ، في رأينا ، في حالة هلاك العقار المشفوع فيه بسبب أجنبي وهو لا يزال في يد المشتري قبل أن يسلمه للشفيع (٤) .

(١) الوسيط ٤ فقرة ٣١٦ ص ٦٠٨ .

(٢) ويلاحظ ، من الناحية العملية ، أنه إذا هلك العقار وهو في يد المشتري قبل إعلانه بالرغبة في الشفعة ، وعلم الشفيع بهذا الهلاك ، فانه لا يقدم على طلب الشفعة في عقار قد هلك ويتحمل هو تبعة هلاكه . لذلك لن يطلب الشفيع الشفعة في هذه الحالة ، ويبقى البيع قائماً بين البائع والمشتري ، ويتحمل المشتري تبعة هلاك العقار بعد أن تسلمه من البائع .

(٣) أنظر مايل فقرة ٣٦٠ - فقرة ٣٦٢ .

(٤) ولما كان المشتري قبل إعلانه بالرغبة في الشفعة يتحمل تبعة الهلاك من الناحية العملية =

وإذا كان الهلاك جزئياً أو نقصاً في قيمة العقار بسبب تلف أصابه ، وكان ذلك قبل إعلان المشتري بالرغبة في الشفعة ، فإن التبعة تكون على الشفيع كما هو الأمر في الهلاك الكلي . أما إذا وقع الهلاك الجزئي أو النقص في قيمة العقار بعد إعلان المشتري بالرغبة في الشفعة ، فإن التبعة تكون على المشتري كما هو الأمر أيضاً في الهلاك الكلي ، ويجوز للشفيع « إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقى البيع بعد إنقاص الثمن » (م ٤٣٨ مدني) (١) .

٢٤٥ - من الشفيع في استرداد ثمار العقار المشفوع فيه من المشتري :

قدمنا أن الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدني تنص على ما يأتي : « وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره » . وذكرنا أن استحقاق المشتري ، وقد حل محله الشفيع ، للثمرات والنماء لا يرجع إلى أن هذه تعتبر من ملحقات المبيع فتسلم إليه مع المبيع . بل يرجع إلى أن المشتري قد أصبح ما لكا للمبيع وباعتباره ما لكا يملك ثمر ملكه ونماؤه . ويكون عليه تكاليفه . وقد رتبنا على ذلك أن الشفيع . بعد أن حل محل المشتري ، لا يملك ثمار العقار المشفوع فيه إلا من وقت أن تنتقل إليه ملكية هذا العقار ، وذلك سواء

= كما قدمنا ، ويتحمل هذه التبعة أيضاً بعد إعلانه بالرغبة في الشفعة كما بينا ، فهو إذن الذي يتحمل التبعة في جميع الأحوال . على أنه يحسن تأسيس تحمله للتبعة على المادتين ٩٨٣ و ٩٨٤ مدني ، لا على أنه ملتزم بالتسليم . وقد تظهر فائدة عملية من التأسيس على المادتين ٩٨٣ و ٩٨٤ مدني في فرضين : (أ) إذا كان الهلاك قبل إعلان الرغبة في الشفعة ، وطلب الشفيع الشفعة دون أن يعلم بالهلاك ، فيتحمل هو التبعة دون المشتري ، وإن كان هذا فرضاً بعيد الحصول . (ب) إذا كان الهلاك بعد إعلان الرغبة في الشفعة وثبت أن العقار كان يهلك ولوتسلمه الشفيع ، فإن الشفيع في هذا الفرض هو الذي يتحمل التبعة دون المشتري .

(١) أنظر في تفصيل ذلك ما قدمناه في تحمل البائع لتبعة الهلاك الجزئي آنفاً ص ٧٤٤ - ص ٧٤٥ - وإذا تحمل الشفيع تبعة الهلاك الكلي أو الجزئي بعد أخذه بالشفعة في حالة ما إذا ثبت أن العقار كان يهلك ولو كان قد تسلمه ، فإنه لا يستطيع ، بعد أن يثبت حقه في الشفعة أن يتخلص من هذه التبعة بتنازله عن الشفعة . وقد قدمنا أنه لا يجوز للشفيع ، بعد القضاء له بالشفعة ، أن ينزل عنها بحجة أن الحكم صدر لمصلحته وأنه متنازل عنه ، وذلك لأن الحكم قد خول حقاً للمشتري أو البائع وهو قبض الثمن (أنظر آنفاً فقرة ٢٣٩) .

كان العقار لا يزال في يد البائع وهو الذى يستولى على ثماره ، أو سلم إلى المشتري فأصبح هو الذى يقبض هذه الثمار (١) . ومتى ثبت للشفيع الحق فى ثمرات العقار المشفوع فيه من وقت تملكه لهذا العقار ، فعليه من هذا الوقت أيضا تكاليفه ، كالفرائب ونفقات حفظ العقار وصيانتته ونفقات الاستغلال ومصروفات تحصيل الثمرة ونحو ذلك ، لأن العقار لم ينتج هذه الثمرات إلا بعد هذه التكاليف ، والغرم بالغم (٢) .

ويبقى الآن تحديد متى يعتبر الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه ، حتى يكون من وقت تملكه لهذا العقار مستحقا لثماره فيستردها من المشتري ، وملتزمًا بأن يرد إليه نفقات الحفظ والصيانة وسائر التكاليف . وهنا تظهر الأهمية العملية لقضاء محكمة النقض الذى استقر على أن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع ، وأن ملكية العقار المشفوع فيه لا تنتقل إلى الشفيع إلا من وقت تسجيل هذا الحكم (٣) . فقد رأينا أن محكمة النقض ذهبت فى كثير من أحكامها ، فى عهد قانون الشفعة السابق ، إلى أن العين المشفوعة لا تصير إلى ملك الشفيع ، فى غير حالة التراضى ، إلا بالحكم النهائى القاضى بالشفعة ، وبألا سند فى القانون لدعوى الشفيع ببيع العين عن المدة السابقة للحكم ، ولو كان قد عرض الثمن على المشتري عرضا حقيقيا وأودعه خزانة المحكمة إثر رفضه (٤) . فعند محكمة النقض أن ثمار العقار المشفوع فيه تكون من حق المشتري وحده عن المدة السابقة لتاريخ الحكم النهائى القاضى بالشفعة ، ولا محل للتفريق بين حالة ما إذا كانت الشفعة قد قضى بها الحكم الاستثنائى بعد أن كان قد رفضها الحكم الابتدائى وحالة ما إذا كان قد قضى بها الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم الاستثنائى ، إذ العبرة فى الحالتين بالحكم النهائى سواء كان ملغيا أو مؤيدا للحكم الابتدائى (٥) .

(١) أنظر ص ٥٧٧ - ص ٧٥٨ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ٣٩٣ ص ٧٧٥ - ص ٧٧٦ - وقد كان المشروع التمهيدي للمادة ٩٤٦ مدنى يتضمن فقرة ثالثة تجرى على الوجه الآتى : « أما ما صرف فى حفظ العقار وصيانتته ، فيلزم دفعه فى كل الأحوال للمشتري المشفوع منه » . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة لأنها تطبق للقواعد العامة (أنظر آنفاً ص ٧٥٩ هامش ١) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٢ و فقرة ٢٣٨ ص ٧٥٧ - ص ٧٥٨ .

(٤) نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص ٢٢٠ .

(٥) نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٧ ص ٣٥١ -

٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٤ ص ٢٩٠ .

وقد قدمنا أن محكمة النقض لم تعدل عن هذا المبدأ ، حتى بعد أن صدر التقنين المدني الجديد وأوجب على الشفيع إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة (١) .

هذا هو ما استقرت عليه محكمة النقض في قضائها ، فهي تذهب إلى أن حق الشفيع لا يستقر وإلى أن الشفيع لا يحل محل المشتري إلا عند صدور الحكم النهائي بالشفعة . فمن ذلك الوقت فقط يستحق الشفيع (بعد تسجيل حكم الشفعة) ثمار العقار المشفوع فيه ويرجع بها على المشتري ، ومن ذلك الوقت أيضاً يلتزم الشفيع بأن يرد إلى المشتري مصروفات الحفظ والصيانة ونفقات الاستغلال وتحصيل الثمرة ونحو ذلك .

وقد سبق أن استعرضنا الحجج التي استندت إليها محكمة النقض في قضائها هذا ، وانتهينا من هذا الاستعراض إلى القول بأن حكم الشفعة ، على عكس ما تذهب إليه محكمة النقض ، كاشف لا منثى . وإلى أن حلول الشفيع محل المشتري يكون منذ إبرام البيع لا منذ صدور الحكم بالشفعة (٢) . وقدما أن الشفيع مع ذلك لا تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه إلا إذا سجل الحكم النهائي بالشفعة أو إقرار المشتري بها . وذلك سواء حل الشفيع محل المشتري

(١) فقصت بأن ما أورده القانون في المادة ٢/٩٤٢ مدني من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لم يقصد به تغيير الوضع ، وهو لا يمتنع عن رغبة المشرع في العدول إلى رأي القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة ، وإنما كان ذلك تمشياً مع اتجاهه في التضييق من حق الشفعة ، وضماناً لجدية طلبها . وطالما أن حق الشفيع في العين المشفوع فيها لا يستقر إلا بصدور الحكم له بالشفعة ، فلا محل للقول باستحقاقه للريع ابتداء من تاريخ إيداع الثمن . أما النص في المادة ٩٤٥ من القانون المدني الجديد على حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع ، فهو نص لم يستحدث حكماً جديداً . بل هو مماثل لنص المادة ١٣ من قانون الشفعة القديم . وهو لا يقيد اعتبار الشفيع الذي حكم له بطلبه حالاً محل المشتري في الرجوع منذ قيام الطلب ، إذ اجتباره كذلك وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا يجوز إلا على تقدير أثر رجعي لحلوله محل المشتري ، الأمر الذي يتنافى مع ما هو مقرر من أن حكم الشفعة منثى لا مقرر لحق الشفيع ، مما يمتنع معه القول بحلوله محل المشتري قبل الحكم نهائياً بالشفعة (نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص ٤٢٦ - وانظر أيضاً نقص مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٨ ص ٧٩٨ - وانظر آنفاً ص ٧١٧ - ص ٧١٨) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٨ - فقرة ٢٣١ .

من وقت البيع على الرأى الذى نقول به ، أو من وقت صدور الحكم النهائى بالشفعة أو إقرار المشتري بها على الرأى الذى نقول به محكمة النقض ، أو من وقت إعلان الرغبة أو من وقت تسجيل هذا الإعلان على ما يقول به آخرون . فالملكية فى جميع هذه الآراء لا تنتقل إلا بتسجيل الحكم النهائى بالشفعة أو تسجيل إقرار المشتري بها . وهذا هو الذى تفرضه أحكام التسجيل . وتنتقل الملكية من وقت هذا التسجيل بالنسبة إلى الغير . وهذا بإجماع الآراء أما فيما بين الشفيع والمشتري . والمشتري ليس من الغير بالنسبة إلى الشفيع على الرأى الذى نقول به . فالملكية لا تنتقل أيضا إلا بالتسجيل . ولكن إذا تم التسجيل فإنها تنتقل فى رأينا من وقت البيع . وذلك على خلاف ما ذهب إليه محكمة النقض من أن الملكية لا تنتقل إلا من وقت التسجيل حتى بالنسبة إلى المشتري (١) .

فى الرأى الذى نقول به تنتقل الملكية إذن ، فيما بين الشفيع والمشتري ، بتسجيل الحكم النهائى بالشفعة أو تسجيل إقرار المشتري بها . ولكن من وقت البيع لا من وقت التسجيل . فهل يملك الشفيع الثمار وهى فى يد المشتري من وقت تمام البيع ، كما كان يملكها لو كانت فى يد البائع كما سبق القول (٢) ؟ يختلف موقف الشفيع من المشتري عن موقفه من البائع . ذلك بأن المشتري ، بعد أن ثبت للشفيع الحق فى الشفعة . يعتبر حائزا للعقار منذ أن يتسلمه ، وهو حائز حسن النية قبل إعلانه بالرغبة فى الشفعة . وحائز سىء النية بعد هذا الإعلان . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ويعتبر الشفيع . بالنسبة إلى المشتري ، مالكا للعقار من وقت البيع كما تقدم القول . فموقف الشفيع من المشتري ، بالنسبة إلى الثمار . هو إذن موقف المالك من الحائز . وتنص المادة ١/٩٧٨ مدنى على أن « يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار مادام حسن النية » . وتنص المادة ٩٧٩ مدنى على أن « يكون الحائز سىء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سىء النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها . غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار » . وعلى ذلك يملك المشتري الثمار ، فلا يلتزم بردها إلى الشفيع ، إلى وقت إعلانه بالرغبة فى الشفعة . إذ يكون عند

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٤ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٧٥٧ - ص ٧٥٨ .

ذلك حائزاً حسن النية ، وهو الذى يتحمل التكاليف إلى ذلك الوقت (١) . ومن وقت إعلان المشتري بالرغبة فى الشفعة ، يصبح المشتري حائزاً سىء النية ، فلا يملك الثمار . وتكون الثمار من ذلك الوقت للمالك أى للشفيع ، ويستطيع هذا أن يستردها من المشتري ، وعليه ، من ذلك الوقت أيضاً ، أن يرد للمشتري التكاليف التى سبق بيانها من مصروفات حفظ وصيانة وغيرها من المصروفات وما أنفق المشتري فى إنتاج هذه الثمار (٢) .

والحل الذى نقول به هو الحل الذى تمليه النصوص والمبادئ العامة ، وينهض به فوق ذلك اعتباران . الاعتبار الأول هو أنه الحل المنطقي . فالمشتري قبل إعلان الشفعة بطلب الشفعة من حقه أن يتصرف تصرف المالك فى العقار الذى اشتراه . وله بوجه خاص أن يقبض ثماره ولا يكون مسئولاً عن ردها لأحد . فإذا ما أعلن بطلب الشفعة تغير موقفه ، ووجب عليه أن يستعد لهذا الطلب ، وأن يواجه احتمال نجاح الشفع في أن يأخذ العقار بالشفعة فيطالبه بالثمار من وقت إعلان الشفعة ، فيكون عندئذ مستعداً لرد هذه الثمار . والاعتبار الثانى هو هذا الحل هو الحل العادل . فقد أصبح الشفع ، بموجب التقنين الجديد ، ملزماً بإيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة (٣) ، أى بعد إعلان الشفعة

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الشفع غير ملزم بأن يؤدي للمشفوع منه ماله من الأموال عن الأتيان المشفوع فيها ، ولا ما أنفق عليها من مصاريف استقلالها مدة حيازته هو لها وانتفاع بها (نقض مدني ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣٤ رقم ١٧١) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : «والشفيع يحل محل المشتري فى الصفقة ، فيملك من وقت البيع الأول . ويعتبر المشتري كأنه لم يملك أصلاً ، إلا أنه إذا استولى على ثمار المبيع إلى إعلان الرغبة فهو يملك الثمار بالحيازة إذ هو حسن النية إلى هذا الوقت ، ومادام قد تملك الثمار فلا يتقاضى فائدة على الثمن . ومنذ تعلن الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا يملك الثمار ، وتكون للشفيع إذ هو المالك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٠) .

(٣) وهذا ما حمل بعض الفقهاء على القول بأن الثمار تكون للشفيع من وقت إيداع الثمن ، حتى لا يحرم الشفع من الانتفاع بالثمن ومن ثمار العقار (إسماعيل غانم ص ٩٦ - ص ٩٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٣١ ص ٥٠٥ - ص ٥٠٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٤ ص ٣٦٣) . أما سائر الفقهاء الذين يقولون بأن حلول الشفع محل المشتري يتم وقت صدور الحكم بالشفعة ، فيذهبون إلى أن تكون الثمار للشفيع من وقت صدور هذا الحكم (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٠٨ - شفيق شحاتة فقرة ٢٧٦ ص ٢٨٦ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٧٠ ص ٤٨١) .

المشتري بطلب الشفعة بأيام قليلة . فمن العدل ، وقد أودع الثمن خزانة المحكمة وحرّم نفسه من استغلاله بسبب عدم تسليم المشتري له بالشفعة عن غير حق ، أن يستعيض عن فوائد هذا الثمن باسترداد الثمار من المشتري من وقت أن أصبح هذا حائزاً سيء النية ، أى من وقت إعلانه بطلب الشفعة .

§ ٣ - عمدة الشفع بالغير

٢٤٦ - نص قانوني : تنص المادة ٩٤٧ مدني على ما يأتي :

« لا يسرى في حق الشفع أى رهن رسمي أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أى بيع صدر من المشتري ولا أى حق عيني رتبه أو ترتب ضده ، إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة . ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار » (١) .

ويقابل النص في قانون الشفعة السابق المادة ١٢ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٥١ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٤ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٩٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣٨ - ص ٤٤١) .

(٢) قانون الشفعة السابق م ١٢ : كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عيني قبله المشتري أو اكتسبه الغير ضده ، بعد التاريخ الذي سجل فيه طلب الشفعة طبقاً للمادة الرابعة عشرة الآتية ، لا يسرى على الشفع . ويبقى مع ذلك لأصحاب الديون الممتازة وللدائنين المرتبين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشفوع منه من ثمن ذلك العقار . (وأحكام التقنين المدني الجديد تتفق مع أحكام قانون الشفعة السابق) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ١٩٥١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٤٤ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

وبواجه النص حالة ما إذا ترتبت حقوق عينية على العقار المشفوع فيه من جانب المشتري ومتى تسرى في حق الشفيع ، وهنا يجب التمييز بين الحقوق العينية التي ترتبت قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة وتلك التي ترتبت بعد تسجيل هذا الإعلان . وقبل ذلك نبحث حالة الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع ومتى تسرى في حق الشفيع ، وهنا أيضا تميز بين الحقوق التي ترتبت قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة وتلك التي ترتبت بعد تسجيل هذا الإعلان .

وعلى ذلك نبحث المسائل الآتية : (١) الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة . (٢) الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة . (٣) الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب المشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة . (٤) الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب المشتري بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة .

٢٤٧ - الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب

البائع قبل تسجيل إعلانه الرغبة في الشفعة : والحقوق العينية التي يمكن أن يربتها البائع على العقار المشفوع فيه حقوق متنوعة بتنوع التصرفات التي يجريها البائع في هذا العقار . وأبلغ هذه التصرفات هو أن يتصرف البائع في ملكية العقار نفسها ، فيبيع العقار أو يقايض عليه أو يهبه مثلا . وقد تكون التصرفات دون ذلك ، بأن يرتب البائع على العقار حقا عينيا أصليا كحق انتفاع أو حق ارتفاق . وقد يترتب على العقار من جانب البائع حق عيني تبعي ، كأن يرهنه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا أو يؤخذ على العقار حق اختصاص من قبل دائني البائع أو يترتب عليه حق امتياز يكفل دينا في ذمة البائع . كل هذه حقوق عينية تترتب على العقار المشفوع فيه من جانب البائع .

فاذا ترتب حق منها فإنه يسرى في حق الشفيع إذا أخذ العقار بالشفعة ، بشرط أن صاحب هذا الحق يشهر حقه قبل أن يسجل الشفيع إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة إلى البائع ، وقبل أن يسجل المشتري عقد شرائه (أو صحيفة

دعواه بصحة التعاقد) . ذلك بأن صاحب الحق العيني الذي ترتب على العقار لا يستطيع أن يكشف ، عن طريق البحث في سجلات الشهر العقاري ، عن البيع الذي صدر من البائع للمشتري إذ أن المشتري لم يسجل عقد شرائه (أو لم يسجل صحيفة دعواه بصحة التعاقد) ، ولا عن طلب الشفعة إذ أن الشفيع لم يسجل إعلان هذا الطلب للبائع . فإذا شهر صاحب هذا الحق حقه . بالتسجيل أو بالقييد بحسب الأحوال . قبل أن يسجل الشفيع إعلان البائع بطلب الشفعة وقبل أن يسجل المشتري عقد شرائه ، فإن حقه يكون نافذا على كل من الشفيع والمشتري طبقا للقواعد المقررة في التسجيل .

فإذا باع البائع مثلاً . بعد البيع الأول ، العقار ثانية وسجل المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول عقد شرائه وقبل أن يسجل الشفيع إعلان طلب الشفعة ، فإن البيع الثاني يكون نافذاً في حق الشفيع . فلا يستطيع أن يأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني ، في مواعيد البيع الثاني وبالتمن الذي ورد فيه وبالشروط التي تم بها . وإذا قاىض البائع على العقار المبيع أو وهبه وسجلت المقايضة أو الهبة قبل أن يسجل المشتري وقبل أن يسجل الشفيع ، فإن المقايضة أو الهبة تسري في حق الشفيع . فلا يستطيع هذا أن يأخذ بالشفعة في البيع الذي انتقض بالمقايضة أو الهبة ، ولا في المقايضة أو الهبة لأنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في أى منهما . وإذا رتب البائع مثلاً حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار بعد بيعه ، وسجل صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق قبل أن يسجل المشتري وقبل أن يسجل الشفيع ، فإن الشفيع يأخذ العقار بالشفعة محملاً بحق الانتفاع أو بحق الارتفاق . وفي هذه الحالة يرجع بضمان الاستحقاق على البائع . وإذا رتب البائع على العقار بعد بيعه رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً ، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل ديناً في ذمته ، وقيد الدائن حقه قبل أن يسجل المشتري وقبل أن يسجل الشفيع ، فإن هذا الحق يسري على الشفيع ، ويأخذ العقار بالشفعة مثلاً به ، ويرجع بضمان الاستحقاق على البائع .

٢٤٨ - الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المستفوع به من جانب

البائع بعد تسجيل إعماله الرغبة في الشفعة : أما إذا ترتب حق عيني على العقار

المشفوع فيه من جانب البائع على الوجه المتقدم ذكره ، ولكن صاحب هذا الحق لم يشهره إلا بعد أن سجل الشفيع إعلان البائع بطلب الشفعة ، أو بعد أن سجل المشتري عقد شرائه ، فان هذا الحق لا يكون نافذا في حق الشفيع .

فاذا باع البائع ، بعد البيع الأول : العقار ثانية أو قابض عليه أو وهبه ، ولم يجر تسجيل هذا التصرف قبل تسجيل الشفيع إعلان البائع بطلب الشفعة ، فان التصرف لا ينفذ في حق الشفيع ، والذي يسرى في حقه هو البيع الأول وحده . فيأخذ فيه بالشفعة ويمضي في إجراءاتها إلى النهاية . ويرجع المشتري الثاني أو المقايض أو الموهوب له على البائع بالضمان . طبقا لأحكام القانون . وحتى لو سجل التصرف قبل تسجيل إعلان البائع بطلب الشفعة . ولكنه سجل بعد تسجيل المشتري الأول . فان التصرف لا ينفذ في حق هذا المشتري طبقا للقواعد المقررة في التسجيل . وما دام لا ينفذ في حق المشتري الأول ، فانه لا ينفذ أيضا في حق الشفيع الذي حل محل المشتري الأول . ولا يسرى أيضا في هذه الحالة في حق الشفيع إلا البيع الأول ، فيأخذ فيه بالشفعة .

وإذا رتب البائع ، بعد البيع ، حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار المشفوع فيه . ولم يسجل صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق التصرف الصادر له قبل تسجيل الشفيع إعلان البائع بطلب الشفعة . فان هذا الحق لا يسرى على الشفيع . ويأخذ العقار بالشفعة خاليا من حق الانتفاع أو من حق الارتفاق ، ويرجع صاحب هذا الحق بالضمان على البائع . وكذلك الحكم فيما لو سجل المشتري عقد شرائه قبل تسجيل التصرف الصادر لصاحب حق الانتفاع أو لصاحب حق الارتفاق . فلا يسرى هذا الحق على المشتري ، ومن ثم لا يسرى على الشفيع .

وإذا رتب البائع على العقار ، بعد بيعه ، رهنا رسميا أو رهنا حيازيا ، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل دينا في ذمته ، ولم يقيد الدائن حقه قبل أن يسجل الشفيع إعلان البائع بطلب الشفعة ، أو قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه ، فان هذا الحق لا يسرى على الشفيع ، ويأخذ هذا الأخير العقار بالشفعة خاليا من هذا الحق . وفي هذه الحالة يحتفظ الدائن بحق الأولوية على ما عسى أن يكون قد آل للبائع من ثمن العقار ، ونقيس

ذلك على حالة ما إذا كان التصرف قد صدر من المشتري طبقاً لأحكام المادة ٩٤٧ مدني على ما سئرى (١) ، فضلاً عن أنه يوجد نص صريح في هذا المعنى في خصوص حق الرهن الرسمي (٢) ، وفي خصوص حق الاختصاص (٣) ، وفي خصوص حقوق الامتياز (٤) .

٢٤٩ - الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب

المشتري قبل تسجيل إعلانه الرغبة في الشفعة : والمفروض هنا أن الحقوق العينية قد ترتبت على العقار المشفوع فيه على الوجه الذي سبق بسطه (٥) ، من جانب المشتري ، لا من جانب البائع كما كان الأمر فيما تقدم . فاذا ترتبت هذه الحقوق العينية قبل تسجيل إعلان المشتري بطلب الشفعة ، فانها تسرى في حق الشفيع كما يستفاد بطريق الدليل العكسي من المادة ٩٤٧ مدني سالفه الذكر (٦) .

ويتخذ أنصار الرأي القائل بأن حكم الشفعة منشيء لحق الشفيع وبأن المشتري يبقى مالكاً للعقار المشفوع فيه حتى صدور هذا الحكم من هذه القاعدة دليلاً على صحة ما يذهبون إليه . فعندهم أنه ما دامت تصرفات المشتري في الفرض المتقدم تسرى في حق الشفيع ، فليس ذلك إلا لأن المشتري يعتبر مالكا للعقار وقد تصرف فيه فسرى تصرفه في حق الشفيع (٧) . وهذا الدليل لا يستقيم ، إذ لو تمسكنا به لنتج عنه أن المشتري وقد بقي مالكاً للعقار المشفوع

(١) أنظر مايلى فقرة ٢٥٠ - وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٦ ص ٤٩٩ .

(٢) أنظر م ١٠٥٦ مدني : « يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار » .

(٣) أنظر م ١٠٩٥ مدني : « . . . ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن من أحكام » .

(٤) أنظر م ١١٣٤ مدني : « تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن

الرئيسي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق » .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٧ .

(٦) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٦ .

(٧) شفيق شحاته فقرة ٢٧٦ ص ٢٨٥ - ص ٢٨٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧٠

ص ٤٨٠ - ص ٤٨١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٩ ص ٥٠٢ - منصور مصطفى منصور

فقرة ١٥٢ ص ٣٥٩ .

فيه إلى وقت صدور حكم الشفعة وفقا لما يقول به أنصار هذا الرأي ، كان ينبغي أن تسرى تصرفاته في حق الشفيع ، ليس فحسب التصرفات الصادرة قبل تسجيل إعلانه بطلب الشفعة ، بل أيضا التصرفات الصادرة بعد تسجيل هذا الإعلان إذا تمت قبل صدور حكم الشفعة . وهذا ما يخالف صريح نص المادة ٩٤٧ مدني . هذا إلى أنه يمكن في كثير من اليسر تبرير نفاذ تصرفات المشتري في حق الشفيع إذا صدرت قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة للمشتري بغير التجاء إلى فكرة أن المشتري يبقى مالكا للعقار المشفوع فيه . فقد قدمنا أن المشتري ، بعد أن يأخذ الشفيع بالشفعة . يعتبر منذ إبرام البيع حائزا للعقار المشفوع فيه . ويكون بمثابة المالك الظاهر للعقار . وكل من يتعامل معه قبل تسجيل إعلانه بطلب الشفعة يكون حسن النية إذا حسبه ما لكا . ذلك بأن هذا الغير الذي يتعامل معه لا يستطيع أن يكشف من سجلات الشهر العقاري ، قبل تسجيل هذا الإعلان . عن أنه مطلوب منه الأخذ بالشفعة ، فيكون الغير حسن النية إذا تعامل معه على أساس أنه هو المالك وأن ملكيته غير مهددة . ومن ثم يكون المشتري . إلى حين تسجيل الإعلان . في مركز المالك الظاهر الذي يتعامل مع الغير حسن النية . فينفذ تعامله في حق المالك الحقيقي وهو هنا الشفيع . ويرجع الشفيع على المشتري بقاعدة الإثراء بلا سبب . شأن كل مالك حقيقي عند ما يرجع على المالك الظاهر الذي تسرى تصرفاته في حقه . فاذا ما سجل إعلان الشفيع للمشتري بطلب الشفعة ، فإن من يتعامل مع المشتري بعد هذا التسجيل لا يعتبر حسن النية . إذ كان يمكنه أن يعرف من تسجيل الإعلان أنه يتعامل مع مشتري مطلوب منه الأخذ بالشفعة فملكته مهددة بالزوال ، وعلى ذلك لا ينفذ تعامله مع هذا المشتري في حق المالك الحقيقي أي في حق الشفيع .

ونرى من ذلك أن الحقوق العينية التي تترتب من جانب المشتري ، قبل تسجيل إعلان الشفيع للمشتري بطلب الشفعة ، تسرى في حق الشفيع . فاذا باع المشتري العقار المشفوع فيه وسجل المشتري من المشتري عقد شرائه قبل تسجيل الإعلان ، فإن البيع الثاني ينفذ في حق الشفيع وينسخ البيع الأول ، ولا يأخذ الشفيع بالشفعة إلا في البيع الثاني بضمنه وفي مواعيده وطبقا لشروطه .

وقد قدمنا أن هذا صحيح أيضا ، طبقا للمادة ٩٣٨ مدني ، حتى لو لم يسجل المشتري من المشتري عقد شرائه ، ما دام قد صدر له البيع قبل تسجيل إعلان الرغبة (١) . وكذلك إذا قاىض المشتري ، بعد الشراء ، على العقار أو وهبه ، وسجلت المقايضة أو الهبة قبل تسجيل الرغبة . فانها تسري في حق الشفيع ، فلا يستطيع الأخذ بالشفعة لأن الشفعة لا تجوز لا في المقايضة ولا في الهبة (٢) . وإذا رتب المشتري حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار المشفوع فيه ، وسجل صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق التصرف الصادر إليه قبل أن يسجل الشفيع إعلان الرغبة . فان الشفيع يأخذ العقار بالشفعة محملا بحق الانتفاع أو بحق الارتفاق . وفي هذه الحالة يرجع على المشتري بقاعدة الإثراء بلا سبب ، أو بالتعويض إذا صدر التصرف من المشتري بعد إعلانه برغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة وقبل تسجيل هذا الإعلان .

وإذا رتب المشتري على العقار المشفوع فيه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا ، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل دينا في ذمته ، وقيد الدائن حقه قبل أن يسجل الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، فان هذا الحق يسري على الشفيع ، ويأخذ العقار بالشفعة مثقلا به . ويرجع على المشتري بقاعدة الإثراء بلا سبب أو بالتعويض .

٢٥٠ - الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب

المشتري بعد تسجيل إعلانه الرغبة في الشفعة : وهذا هو الفرض الذي تواجهه مباشرة المادة ٩٤٧ مدني سالفه الذكر (٣) . فهي تقرر أن الحقوق العينية التي ترتب على العقار المشفوع فيه من جانب المشتري ، بعد تسجيل إعلان الرغبة ، لا تسري في حق الشفيع . وقد قدمنا أن السبب في ذلك أن المشتري ، ولو أنه يعتبر مالكا ظاهرا ، إلا أنه يتعامل في العقار بعد تسجيل إعلان الرغبة ، فلا

(١) أنظر آنفاً ص ٥٢٣ - ص ٥٢٤ .

(٢) ولكن يجوز للشفيع أن يظن في هذه التصرفات بالصورية ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، فاذا ثبتت الصورية لم تسر التصرفات في حقه (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٠ ص ٤٩٨) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٦ .

يعتبر من يتعامل معه حسن النية إذ كان يمكنه أن يكشف من سجلات الشهر العقاري عن حقيقة مركز المشتري .

وعلى ذلك إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة ، لم يسر في حق الشفعيع البيع الثاني الصادر إلى المشتري من المشتري . ويأخذ الشفعيع بالشفعة في البيع الأول ، بثمنه وفي مواعيده وطبقاً لشروطه . والمفروض أنه سجل طلب الشفعة في هذا البيع ، فيمضي في إجراءات الشفعة إلى غايتها (١) وذلك لا يمنع ، إذا رأى أن شروط البيع الثاني أيسر أو أن الثمن فيه أقل ، من أن ينزل عن طلب الشفعة في البيع الأول ، ويطلبها في البيع الثاني بثمنه وفي مواعيده وطبقاً لشروطه (٢) . وكذلك الحكم فيما إذا قابض المشتري على العقار المشفوع فيه أو وهبه بعد تسجيل إعلان الرغبة ، فلا تسري المقايضة أو الهبة في حق الشفعيع ، ويستمر في الأخذ بالشفعة في البيع الأول .

وإذا رتب المشتري حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار المشفوع فيه ، وذلك بعد تسجيل إعلان الرغبة ، لم يسر هذا الحق على الشفعيع ، ويأخذ هذا الأخير العقار بالشفعة خالياً من حق الانتفاع أو حق الارتفاق .

وإذا رتب المشتري على العقار المشفوع فيه رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً ، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل ديناً في ذمته ، وكان ذلك بعد تسجيل إعلان الرغبة ، لم يسر هذا الحق على الشفعيع ، ويأخذ هذا الأخير العقار بالشفعة خالياً منه (٣) . وفي هذه الحالة يحتفظ الدائن بحق

(١) أنظر آنفاً ص ٥١٩ . وقد قضت محكمة النقض بأن الشفعة في العقار المبيع على شرط اختيار الغير تخضع لأحكام هذا النوع من البيع ، تكلها وتحد منها أحكام الشفعة . ولما كان من المقرر أن الشفعيع لا يحاج بأي حق اكتسبه الغير ضد المشتري بعد تسجيل إنذار الشفعة ، وكان إنذار الشفعة قد سجل في هذه الحالة قبل الإنذار المعلن للشفيع الذي يثبت به تاريخ الاتفاق الحاصل بين المشتري والغير ، وهو الإنذار الذي يعتبر إعمالاً لحق اختيار الغير ، فلا يجوز الاحتجاج على الشفعيع بما يترتب من حقوق على هذا الاختيار . ويكون الحكم الذي يقضي بعدم جواز الإحتجاج على الشفعيع بما يترتب على هذا الاختيار من حقوق لمن أدخلوا في الشراء وبالتالي عدم سقوط حقه في الشفعة لإدخالهم في الدعوى بعد الميعاد المقرر في القانون ، حكماً قائماً على أساس قانوني صحيح (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٥٠ المجامعة ٣١ رقم ٤٥ ص ٨٤) .

(٢) أنظر آنفاً ص ٥١٩ .

(٣) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٣٨ .

الأولوية على مآل للمشتري من ثمن العقار فيما إذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع ويريد تقاضيه من الشفيع ، فإن هذا الدائن الذي قيد حقه بتقديم على دائني المشتري العاديين في الثمن الذي يكون في ذمة الشفيع للمشتري أو في الثمن الذي أودعه الشفيع خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة (١) . وفي ذلك تقول العبارة الأخيرة من المادة ٩٤٧ مدني كما رأينا (٢) « ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار » .

الفصل الرابع

الحيازة *

(Possession)

تمهيد

٢٥١ - تعريف الحيازة وتكييفها القانوني : كان المشروع التمهيدى

(١) ويبنى بعض الفقهاء حق الأولوية للدائن المقيّد على أساس أن الثمن حل محل العقار حلولا عينياً (شفيع شحاتة فقرة ٢٧٣ ص ٢٨٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٥) . ويذهب بعض آخر إلى أن حق الأولوية إنما هو تطبيق للقواعد العامة في حق الأولوية ، إذ أن هذا الحق لا يقتصر على الثمن المتحصل من البيع الجبري ، بل يمتد إلى كل مقابل نقدي للشيء محل الحق (إسماعيل غانم ص ٨٧ - ص ٨٨ - شمس الدين الوكيل في التأمينات فقرة ٩٠ - فقرة ٩١ - حسن كيرة ص ١٩) .

أما إذا كان المشتري لم يدفع الثمن إلى البائع ، فإنه يجب على الشفيع أن يدفع هو الثمن مباشرة إلى البائع ، وهو ملزم على كل حال بإيداعه لحسابه في خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة . وعلى ذلك لا يكون الشفيع مديناً بالثمن للمشتري ، ومن ثم لا محل لأن يكون لدائني المشتري المقيدين حق الأولوية على الثمن (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٨ ص ٥٠٥ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٩٦ ص ٤٩٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧٦) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٦ .

* مراجع : Savigny في الحيازة (في القانون الروماني) ترجمة Staedtler الطبعة السابعة

سنة ١٨٦٥ - ghering في أساس حماية الحيازة (Fondement de la potction possessoire)

سنة ١٨٦٥ - وفي دور الإدارة في الحيازة (Role de la volonté dans la possession) سنة

١٨٩١ - ترجمة Esmein - Meulenaere في نظريات الحيازة في ألمانيا في المجلة التاريخية

الجديدة سنة ١٨٧٧ - Saleilles في العناصر المكونة للحيازة سنة ١٨٩٤ - حيازة المنقول

سنة ١٩٠٧ - وفي المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٣ ص ٥٩٢ وسنة ١٩٠٤ ص ٩٣ - Duquesne

في التمييز ما بين الحيازة (possession) والإحراز أو السيطرة المادية (détention) في

القانون الروماني رسالة من باريس سنة ١٨٩٨ - Cornil في الحيازة سنة ١٩٠٥ -

Schwab في النظرية المادية في الحيازة رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ - Ferradou في دور

الحيازة في القانون الفرنسي الحديث رسالة من بوردوس سنة ١٩٢٨ .

للتقنين المدني الجديد يتضمن نصا يعرف الحيازة، هو نص المادة ١٣٩٨ من هذا المشروع، وكان يجرى على الوجه الآتي: «الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق». وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص مايتأتى: «الحيازة هي سيطرة فعلية على شيء أو حق، فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية» (١). وقد حذفت هذه المادة في لجنة مجلس الشيوخ «لأنها تتضمن تعريفا تغلب عليه الصبغة الفقهية» (٢).

ويخلص من هذا التعريف أن الحيازة وضع مادي ينجم عن أن شخصا يسيطر سيطرة فعلية على حق، سواء كان الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن. والسيطرة الفعلية على الحق تكون باستعماله عن طريق أعمال مادية يقتضيها مضمون هذا الحق. فإن كان حق ملكية، اختلط الحق بالشيء محل الحق، وقد انتقل هذا الاختلاط إلى القانون الحديث من القانون الرومانى. فيقال إن الشخص يسيطر سيطرة فعلية على الشيء نفسه محل حق الملكية. وتكون السيطرة الفعلية هنا عن طريق أعمال مادية وهى الأعمال التى يقوم بها المالك عادة فى استعماله لحق الملكية، فيستعمل الشيء ويستغله ويتصرف فيه تصرف المالك. فالشخص يكون حائزا لحق الملكية، أو للشيء محل هذا الحق، متى استعمل بالنسبة إليه حقوق المالك. فيسكنه مثلا أو يؤجره إذا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٨؛ فى الهامش وص ٥٠ - وقد وافقت لجنة المراجعة على هذا النص تحت رقم ١٢٠٣ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب مع تعديل لفظى طفيف تحت رقم ١٠٢٠. وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض رئيس اللجنة على هذا التعريف «لأنه تعريف ناقص، وينقصه ركن نية التملك، إذ تناول الحيازة المادية فقط وترك الحيازة بنية التملك. وقد أثار هذا الاعتراض مناقشة طويلة، روى بعدها حذف النص لأن ذلك أنسب من الوجهة التشريعية». وجاء فى تقرير اللجنة مايتأتى «رأت اللجنة حذف هذه المادة لأنها تتضمن تعريفاً تغلب عليه الصبغة الفقهية». ووافق مجلس الشيوخ على حذف المادة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٩؛ فى الهامش).

(٢) وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٤٥ مدنى عراقى على أن «الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق».

كان دارا ، ويزرعه أو يعطيه لمن يزرعه بالإيجار أو بالمزارعة إذا كان أرضا زراعية ، ويحرزه وينتفع به بحسب ما تقتضيه طبيعته إذا كان سيارة أو كتابا أو مأكولا أو مشروبا ، ويتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات التي تجوز للمالك . وذلك كله سواء كان هذا الشخص يملك الشيء حقيقة أو لا يملكه ، فلسنا في صدد حق الملكية ، بل في صدد الحيابة المادية لهذا الحق ، أى في صدد استعمال هذا الحق استعمالا فعليا . وإذا لم يكن الحق محل الحيابة حق ملكية ، كأن كان حق ارتفاق بالمرور أو بالشرب أو بالمجرى مثلا ، فإن حيازته تكون باستعماله فعلا ، فيمر الحائز في أرض الجار أو يأخذ الماء من مروي لجاره لرى أرضه أو يأخذه من ترعة عامة ويجعله يجرى في أرض جاره حتى يصل إلى أرضه لريها ، وذلك كله سواء كان قد كسب حق الارتفاق بسبب من أسباب كسبه أو لم يكسبه أصلا . وما يقال في حق الارتفاق يقال أيضا في حق الانتفاع ، وفي غير حق الارتفاق وحق الانتفاع من الحقوق الأخرى .

والحيابة ، على هذا التعريف ، ليست بحق عيني أو حق شخصي ، بل هي ليست حقا أصلا . فهي كالشفعة ليست بحق ، ولكنها سبب لكسب الحق . وتختلف عن الشفعة في أن الشفعة واقعة مركبة كما سبق القول ، أما الحيابة فتكليفها القانوني أنها واقعة مادية بسيطة (*pur fait matériel*) تحدث آثارا قانونية^(١) . وإذا سائرنا المذهب الشخصي في الحيابة على ما سيجيء ، وقلنا إن هناك عنصرا معنويا للحيابة هو القصد (*animus*) - قصد التصرف كمالك أو قصد استعمال الحق محل الحيابة - فليس المراد بالقصد هنا إرادة كسب الحق محل الحيابة^(٢) ، بل المراد أن تكون الأعمال المادية التي يقوم بها الحائز مصحوبة بقصد استعمال حق معين . ومؤدى ذلك أن تكون أعمال

(١) أنظر آنفاً فقرة ١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٣ ص ١٥٨

هامش ٢ .

(٢) وإلا كانت الإرادة هنا تصرفاً قانونياً . وحتى لو سلمنا بذلك ، لأمكن القول بأن التصرف القانوني قد اختلط بواقعة مادية هي الحيابة المادية أو السيطرة الفعلية . فتكون الحيابة واقعة مختلطة *fait mixte* عنصر الواقعة المادية فيها هو المتغلب ، فتدخل في نطاق الوقائع المادية .

الحائز أعمالاً قصدية ، وهذا لا يخرجها عن أن تكون أعمالاً مادية محضة ، وهي أعمال اختيارية قصد بها صاحبها أن تحدث آثارها القانونية . أما إذا قلنا مع المذهب المادى إن القصد ينصب على الحيازة المادية فى ذاتها كما سئرى ، فإن هذا يكون أشد دلالة على أن القصد لا يخرج أعمال الحائز عن أن تكون أعمالاً مادية محضة . ومن ثم تكون الحيازة ، فى كل من المذهبين ، واقعة مادية بسيطة من شأنها أن تنتج آثاراً قانونية (١) كما سبق القول .

٢٥٢ - تطور الحيازة لتطبق على جميع الحقوق : بدأت الحيازة فى

القانون الرومانى سيطرة فعلية يباشرها الحائز على شىء مادى على اعتبار أنه مالك لهذا الشىء ، فيحرزه إحراراً مادياً ويباشر عليه سلطة المالك . فكانت الحيازة ، على هذا النحو ، استعمالاً لحق الملكية على شىء مادى . ولما كان حق الملكية عند الرومان يختلط بالشىء المادى ، فقد كان الرومان يصورون الحيازة على أنها تقع على الشىء المادى ذاته ، يتصرف فيه الحائز تصرف الملاك فيستعمله ويستغله ويتصرف فيه ويستهلكه . فكانت الحيازة سلطة مادية محضة ، لا تنطبق إلا على الأشياء المادية . ثم تطور القانون الرومانى ، فأخذ يعترف . إلى جانب هذه الحيازة للأشياء المادية (*possessio rei*) ، بنوع آخر من الحيازة ، هى حيازة حق الارتفاق أو حق الانتفاع ، أى استعمال حق الارتفاق أو حق الانتفاع على شىء استعمالاً فعلياً ، وسمى هذا النوع من الحيازة بحيازة الحق أو شبه الحيازة (*possessio juris, quasi-possessio*) .

وبقى هذا التمييز ما بين الحيازة وتنطبق على الأشياء المادية ، وشبه الحيازة وتنطبق على حق الارتفاق وغيره من الحقوق العينية ، قائماً فى القانون الفرنسى القديم . ونجدته قائماً حتى فى آخر عهود هذا القانون عند بوتييه ، وهو يميز بين الحيازة وشبه الحيازة (٢) .

(١) أنظر فى ترتيب مصادر الحقوق العينية وحصرها فى العمل المادى والتصرف القانونى الوسيط ١ طبعة ثانية فقرة ٣٣ ص ١٤٤ هامش ١ - وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٧ ص ١٠٩ - ص ١١٠ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٠٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٣ ص ١٥٨ هامش ٢ - مارقى ورينو فقرة ٢٧ .

(٢) بوتييه فى الحيازة فقرة ٣٧ - فقرة ٣٨ - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٣ ص ١٥٩ هامش ٢ .

وعند وضع التقنين المدني الفرنسي (تقنين نابليون) ، قضى واضعوه على هذا التمييز ، وجعلوا الحيازة وشبه الحيازة شيئاً واحداً هو الحيازة . ذلك بأن حيازة الشيء المادى ليست إلا حيازة حق الملكية على هذا الشيء ، فهى لا تخرج إذن عن أن تكون حيازة لحق من الحقوق ، هو حق الملكية . ولما كان شبه الحيازة هو حيازة حق عيني آخر غير حق الملكية ، فقد تلاقت الحيازة وشبه الحيازة فى أن كلا منهما هو حيازة لحق عيني ، حق الملكية أو حق عيني آخر . فلا محل إذن للتمييز بين الحيازة وشبه الحيازة ، ويمكن تسمية كل منهما بالحيازة . وهذا ما فعلته المادة ٢٢٢٨ من التقنين المدني الفرنسي إذ عرفت الحيازة ، وأدخلت فى نطاقها حيازة الشيء المادى أى حيازة حق الملكية وشبه الحيازة أى حيازة الحقوق العينية الأخرى ، فقالت : « الحيازة هى إحراز شيء أو استعمال حق ، نحرزه أو نستعمله بأنفسنا أو بوساطة شخص آخر يحرزه أو يستعمله بالنيابة عنا » (١) .

ووقف تطور الحيازة عند هذا الحد فى فرنسا . فالحيازة فى القانون الفرنسى هى استعمال حق الملكية أو حق من الحقوق العينية الأخرى ، كحق الارتفاق أو حق الانتفاع أو حق رهن الحيازة (٢) ، على شيء معين استعمالاً فعلياً ، بما يقتضيه هذا الاستعمال من أعمال تتفق مع طبيعة الحق العيني المستعمل ، وبما يصحب هذه الأعمال من قصد إلى استعمال هذا الحق . ويستوى فى ذلك أن يكون الحائر للحق يملك هذا الحق فعلاً أو لا يملكه ، فملكية الحق العيني شيء وحيازته شيء آخر . واستقر القانون الفرنسى على أنه لا يخضع للحيازة ، ما يأتى : (١) الحقوق الشخصية ، إذ لا يخضع للحيازة إلا الحقوق العينية كما سبق القول . فالمستأجر والمستعير ليس لأى منها حق عيني فى العين المؤجرة أو الشيء المعار ، وليس له إلا حق شخصى قبل المؤجر أو المعير ،

(١) بودرى وتيسيه فقرة ١٩٣ - فقرة ١٩٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٣ - وانظر مشروع التقنين المدني الفرنسى فى السنة الثامنة للثورة الفرنسية ، وكان أكثر صراحة فى هذا المعنى (Fenet ٢ ص ٤٠٥ م ٩ و ١٠) .

(٢) ويستثنى من الحقوق العينية حق الرهن الرسمى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، فهذه بطبيعتها غير قابلة للحيازة (أنظر بودرى وتيسيه فقرة ٢٠٠ ص ١٦٣ هامش ٢ - كولان وكابيتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١١٦٣ ص ٩٤٧) .

ولا يجوز أن يكون هذا الحق الشخصي محلاً للحيازة . وإنما يجوز المستأجر أو المستعير العين المؤجرة أو الشيء المعار حيازة مادية محضة ، والحيازة الصحيحة هي للمؤجر أو المعير يباشرها باسمه ونيابة عنه المستأجر أو المستعير . وما يقال عن « حيازة الحق الشخصي » (possession de la créance) ليس حيازة بالمعنى الصحيح ، وإنما هو تعبير مجازي عن مركز « الدائن الظاهر » ، فمن يظهر أمام الناس أنه هو الدائن يكون بمثابة الحائز للحق الشخصي الذي يدعيه ، ولكن لا تنطبق عليه قواعد الحيازة . وذلك ما لم يتجسد الحق الشخصي في السند المثبت له كالسندات لحاملها ، فعند ذلك يعتبر الحق الشخصي منقولا ماديا ويخضع للحيازة . (٢) الأموال العامة ، فهذه لا يصح أن تكون محلاً للحق خاص ، ومن ثم لا تخضع للحيازة . على أن ذلك ليس على إطلاقه ، فالدولة والأشخاص المعنوية العامة الأخرى تحميها دعاوى الحيازة في أموالها العامة ، وكذلك من يحصل على ترخيص (concession) في استعمال المال العام تحميها دعاوى الحيازة ضد الغير لا ضد الجهة الإدارية المرخصة (le concédant) . ولكن لا تجوز حيازة الأموال العامة بحيث تؤدي هذه الحيازة إلى تملكها بالتقادم ، فإن الأموال العامة غير قابلة للتملك بالتقادم . (٣) المجموع من المال (universalité) كالتركة والمتجر (fonds de commerce) ، لا يخضع للحيازة باعتباره مجموعا ، وإن كانت الأعيان التي تكون هذا المجموع تجوز حيازتها كل عين على حدة (١) .

ولكن تطور الحيازة لم يقف عند هذا الحد في البلاد الجرمانية . فالتقنين المدني الألماني والتقنين المدني السويسري ، متأثرين بالنظرية المادية للحيازة وهي النظرية التي قال بها إهرنج على ماسنري ، مدا الحيازة حتى شملت الحقوق الشخصية دون أن تقتصر على الحقوق العينية . فالمستأجر مثلا ، في هذين التقنينين ، يعتبر حائزا لحقه الشخصي قبل المؤجر بالنسبة إلى العين المؤجرة ،

(١) أنظر في ذلك نقض فرنسي ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٤ - ١ - ١١٢ - أدبري ورو ٢ فقرة ١٧٨ - بودري وتيسيه فقرة ٢٠٠ - فقرة ٢٠١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٤ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٧٦٣ - مازو فقرة ١٤١٦ .

وتحميه في حيازته هذه دعاوى الحياة . وسرى أن التقنين المدنى المصرى الحديد سار شوطا بعيدا في هذا الطريق (١) .

٢٥٣ - ما استخرته التقنين المدنى الجديد في موضوع الحيازة : ولم يعرض التقنين المدنى السابق لموضوع الحيازة بوجه عام ، بل اقتصر على إيراد بعض آثارها ، وبخاصة في التقادم وفي تملك المنقول بالحيازة ، دون أن يورد هذه الآثار كاملة . أما التقنين المدنى الحديد فقد غنى بموضوع الحيازة عناية تامة ، فأفرد لها مكانا خاصا ، وأورد أحكامها العامة في نصوص مستحدثة . ثم بين ما يترتب عليها من الآثار ، ومن أهم هذه الآثار كسب الملكية ، ومن هنا وضعت الحيازة في مكانها بين أسباب كسب الملكية (٢) .

٢٥٤ - تقسيم الموضوع : ونبعث الحيازة في قسمين : (١) الحيازة بوجه عام . (٢) والحيازة باعتبارها سببا لكسب الملكية .

المرع الأول

الحيازة بوجه عام

٢٥٥ - كسب الحيازة وانتقالها وزوالها - صمائية الحيازة في زائلها والعرفه بين الحيازة والملكية : تكسب الحيازة ، وتنتقل من حائز إلى آخر ، وتزول ، كل ذلك على الوجه الذى رسمه القانون .

(١) أنظر مايل فقرة ٢٦٧ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص ما جاء في المشروع متعلقاً بالحيازة من حيث أحكامها العامة ومن حيث الآثار التى تترتب عليها ، ما يأتى : « والحيازة ، من حيث أحكامها العامة ، وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شئ يجوز التعامل فيه . وترد الحيازة على الأشياء المادية والحقوق المعنوية على السواء . وتكسب بأعمال يقوم بها هذا الوضع المادي ، وتنتقل بالاتفاق مصحوباً بالتسليم ، وتزول بزوال السيطرة الفعلية . وقد اتخذ المشروع من الحيازة وسيلة لإثبات حق الملكية ، وخلص إلى ذلك بقرينتين متواليتين ، جعل في الأولى الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية ، وجعل في الثانية الحيازة القانونية قرينة على الملكية . ووضع قواعد عملية للمفاضلة بين المتنازعين على الحيازة . والحيازة ، من حيث الآثار التى تترتب عليها ، تصلح قرينة على الملكية كما تقدم . وتكسب الملكية فعلا بالتقادم الطويل في العقار والمنقول . فإن اقترنت بحسن النية واستندت إلى سبب صحيح ، فإنها تكسب ملكية العقار بالتقادم القصير ، وملكية المنقول في الحال . ويملك الحائز ، في كل الفروض ، ثمار العين إذا كان حسن النية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٧) .

ويحمي القانون الحيازة في ذاتها ، ولو كان الحائز غير مالك . ويرجع ذلك إلى سببين : (السبب الأول) أن الحائز هو الذي يسيطر سيطرة فعلية على المال الذي يقع في حيازته ، فيجب لاعتبارات تتعلق بالأمن العام أن تبقى له هذه السيطرة ، فلا يعتدى أحد عليها ولو كان هو المالك للمال . وعلى المالك أن يلجأ إلى الطرق التي رسمها له القانون لاسترداد ماله من الحائز ، فالقانون يحمي الحيازة كما يحمي الملكية ، وقد جعل لحماية كل من الحيازة والملكية طرقها الخاصة . ولا يجوز للمالك أن ينتزع ماله من الحائز عنوة وقهرا ، فينتصف لنفسه بنفسه ، ويعكر صفو السلام والأمن العام . بل يجب عليه ، إذا لم يرد الحائز إليه ماله طوعا ، أن يسترده عن طريق القضاء وفقا للإجراءات التي رسمها القانون في ذلك (*spoliatus ante omnia restituendus*)^(١) .

(والسبب الثاني) أن الحائز للمال ، في الكثرة الغالبة من الأحوال ، يكون هو المالك له . وأول مزايا الملك أن يحوز المالك المال الذي يملكه ، وقل أن يوجد مالك لا يحوز ملكه بنفسه أو بوساطة غيره . لذلك يفرض القانون مبدئيا أن الحائز هو المالك ، فيحمي الملكية عن طريق حماية الحيازة^(٢) . ومن أجل ذلك كانت الحيازة قرينة على الملكية ، ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس . ففي الأحوال القليلة التي لا يحوز فيها المالك ماله بنفسه أو بوساطة غيره ، وتكون الملكية في يد والحيازة في يد أخرى ، أباح القانون للمالك ، بعد أن يقيم الدليل على ملكيته ، أن ينتزع ماله من يد الحائز بالطرق المرسومة لذلك . فحماية الحيازة في ذاتها إنما هي حماية للملكية ، ولكنها حماية مؤقتة إلى أن يقوم الدليل على أن الحائز لا يملك المال الذي في حيازته ، فعندئذ يرد المال إلى مالكه^(٣) .

ونتكلم في الحيازة بوجه عام في مبحثين ، نجعل المبحث الأول منهما في كسب الحيازة وانتقالها وزوالها ، ونجعل المبحث الثاني في حماية الحيازة في ذاتها والعلاقة بين الحيازة والملكية .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٠٨ - فقرة ٢٠٩ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٧٦٤ - مازو فقرة ١٤١٤ - مارتى ورينو فقرة ١٤ ص ٢٢ - كاربونييه ص ١٤٣ .

(٢) إهرنج في أساس حماية الحيازة ص ٨ - بودرى وتيسيه فقرة ٢١٠ - فقرة ٢١١ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٧ ص ١٠٩ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٠٧ - فقرة ٢١٢ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٧٦٤ - مازو فقرة ١٤١٣ - مارتى ورينو فقرة ١٤ - كاربونييه ص ١٤٣ .

المبحث الأول

كسب الحياز وانتقالها وزوالها

المطلب الأول

كسب الحيازة - الحيازة بحسن نية والحيازة بسوء نية

٢٥٦ - المسائل التي يتناولها البحث : الحيازة تتكون من عنصرين ، وكسب الحيازة يكون بالجمع ما بين هذين العنصرين . وحتى تكون الحيازة منتجة لآثارها ، وبخاصة حتى تجوز خواتمها بدعاوى الحيازة وحتى تكون سببا لكسب الملكية سواء بنفسها أو عن طريق التقادم ، يجب ألا تكون مشوبة بعيب . والحيازة إذا اقترنت بحسن النية ، كانت أبعد مدى في آثارها عما لو لم تكن مقترنة بحسن النية . فنبعث إذن المسائل الآتية : (١) عنصرى الحيازة . (٢) عيوب الحيازة . (٣) الحيازة بحسن نية والحيازة بسوء نية .

§ ١ - عنصر الحيازة

(Eléments de la possession)

٢٥٧ - العنصر المادى والعنصر المعنوى : الحيازة ، كما قدمنا ، تتكون من عنصرين ، أحدهما مادى وهو الإحراز أو السيطرة المادية (corpus) ، والثانى معنوى وهو القصد (animus) (١) .

١ - العنصر المادى - السيطرة المادية

٢٥٨ - كيف تحقق السيطرة المادية : قد تتحقق السيطرة المادية ابتداء ، وقد تتحقق هذه السيطرة انتقالا من الغير . وقد يباشر الشخص السيطرة المادية بنفسه وهذا هو الأصل ، وقد يباشرها بواسطة الغير . وتجوز مباشرة السيطرة (١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وللحيازة ، بعد توافر شروطها ، عنصران : عنصر مادى هو السيطرة المادية ، وعنصر معنوى هو نية استعمال حق من الحقوق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥١) . وكما أن الحيازة لا تقوم على مجرد العنصر المادى دون العنصر المعنوى ، كذلك لا تقوم على مجرد العنصر المعنوى دون العنصر المادى (نقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ سيريه ١٩٤٩ - ١ - ٤٥ - مازو فقرة ١٤١٩) .

المادية على الشيوع . ثم إذا تحققت السيطرة المادية ، فانه يجب على الحائز استبقاؤها .

فهذه جملة من المسائل ، نستعرضها على التعاقب .

٢٥٩ - كيف تتحقق السيطرة المادية ابتداءً : هنا نواجه الفرض الذى

يسيطر فيه الشخص سيطرة مادية على الشيء دون أن تنتقل إليه هذه السيطرة من غيره ، فهو يسيطر على الشيء ابتداءً . ويستوى فى ذلك أن يكون الشيء مملوكاً لشخص آخر أو غير مملوك لأحد (١) ، وأن يكون عقاراً أو منقولاً . فالحائز يحرز الشيء ويسيطر عليه ، دون أن يستمد هذه السيطرة من أحد .

وتتحقق السيطرة المادية فى هذا الفرض بأن يحرز الحائز الشيء فى يده إحرازاً مادياً ، ويباشر فيه من الأعمال المادية ما يباشره المالك عادة فى ملكه . فإذا كان الشيء داراً ، دخل فيها واستحوذ عليها ، وسكنها أو أسكن فيها غيره بالإيجار مثلاً فيسيطر عليها بواسطة المستأجر كما سيجىء . وإذا كان الشيء أرضاً زراعية ، احتلها وزرعها بنفسه أو بواسطة غيره من مزارع أو مستأجر (٢) وإذا كان منقولاً كسيارة أو كتاب ، أحرز المنقول وجعله فى قبضته ، وباشر عليه من الأعمال المادية ما يباشره المالك عادة . هذا كله إذا كان الحائز يستعمل حق الملكية على الشيء ، فإذا كان يستعمل حقاً آخر ، كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، فالسيطرة المادية على هذا الحق تكون باستعماله عن طريق الأعمال المادية التى يقتضيها استعماله . فان كان ارتفاق مرور مثلاً أو ارتفاق شرب ، كانت السيطرة المادية عليه بالمرور فعلاً فى المكان المراد استعمال الحق فيه ، أو بأخذ المياه فعلاً من مرمى الحار (٣) .

(١) فان كان غير مملوك لأحد ، كانت حيازته استيلاء (occupation) ، فيكسب الحائز ملكية الشيء فوراً عن هذا الطريق .

(٢) ولكن مجرد أخذ أتربة أو سباح من الأرض مرة أو أكثر لا يكتفى لتحقيق الحيازة (استئناف مصر ٨ يناير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٧٧ ص ٤٦٥ - استئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٩٢) . وكذلك لا يكتفى لتحقيق مجرد دفع الضرائب المستحقة على العقار (استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٣٦) .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ١٩٦ ص ١٥٤ .

ولابد ، في الفرض الذي نحن بصدده ، من عمل مادي إيجابي يستحوذ به الحائر على الشيء . فلا يكفي مجرد التمكن من الاستحواذ ، دون الاستحواذ فعلا . وقبل الاستحواذ الفعلي لا يمكن القول بأن العنصر المادي ، وهو السيطرة المادية ، قد تحقق (١) .

٢٦٠ - كيف تحقق السيطرة المادية انتقالاً من الغير - إمالة : وهنا نواجه فرضاً يختلف عن الفرض السابق ، في أن الشخص لا يسيطر على الشيء ابتداءً كما هو الأمر في الفرض السابق ، بل تنتقل إليه السيطرة من شخص آخر كان هو الذي له السيطرة المادية على الشيء ثم نقلها إليه . مثل ذلك أن يبيع شخص عقاراً أو منقولاً في حيازته لشخص آخر ، ويسلم الشيء المبيع إلى المشتري . ففي هذا المثل كانت السيطرة المادية على الشيء للبائع سواء كان مالكاً للشيء أو غير مالك ، ثم نقل هذه السيطرة إلى المشتري بتسليمه المبيع له . ولا يشترط في هذا الفرض ، كما اشترط في الفرض السابق ، الاستحواذ الفعلي على الشيء ، بل يكفي مجرد التمكن من الاستحواذ . فإذا كان المبيع داراً ، فانه يكفي لنقل السيطرة المادية على الدار للمشتري أن تسلم له مفاتيحها وسند الملكية ، فتتقل السيطرة المادية للمشتري بمجرد وضع الدار تحت تصرفه وتمكنه من تسلمها دون حاجة إلى أن يتسلمها بالفعل (٢) . وإذا كان المبيع جواهر أو حلياً ، فإن السيطرة المادية على المبيع تنتقل إلى المشتري بتسليمه مفتاح الصندوق أو الخزانة التي تحتوي على الجواهر أو الحلي ، فيتمكن بذلك من الاستحواذ عليها دون حاجة إلى الاستحواذ عليها بالفعل .

(١) ترولون فقرة ٢٥١ - بودوى وتيسيه فقرة ٢١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت أن الأرض المتنازع عليها أرض قضاء وليست من الأراضي التي لم يسبق الملك فيها لأحد ، بل هي من الأراضي التي تلقت الحيازة فيها بالتخلية من ملاكها المتعاقبين ، فيكتفي في ثبوت وضع اليد عليها القيام ، مع عدم المنازع ، بإنشاء حدود لها والمرور فيها ودفع الأموال المستحقة عليها . وإذن فالحكم الذي لا يكتفي في ثبوت وضع اليد عليها بهذه المظاهر ، بل يشترط تسويرها على الأقل ، يكون حكماً مخطئاً في تكييف وضع اليد ويتعين نقضه (نقض ملئ ١١ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٢ ص ٥٥٤) .

وسنبحث هذه المسألة في تفصيل أوفى عند الكلام في انتقال الحيازة ، فتحيل هنا إلى ماسند كره هناك (١) .

٢٦١ - المصلحة العامة بواسطة الغير - نص قانوني : تنص المادة ٩٥١ مدني على ما يأتي :

- ١ - « تصح الحيازة بالواسطة ، متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز ، وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة » .
- ٢ - « وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه ، فان كانت استمراراً لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها » (٢) .

(١) أنظر مايلي فقرة ٢٩٧ وما بعدها .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٠١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - تقوم الحيازة حتى لو باشرها باسم الحائز شخص آخر ، وكان منه بمكان التابع بحيث يكون ملزماً أن يمثل لأوامره فيما يتعلق بالشيء أو الحق الذى ترد عليه الحيازة . ٢ - وعند الشك يفترض أن الشخص قد حاز لنفسه ، وأنه إذا استمر في حيازته يبقى حائزاً لنفسه » . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة على النحو الآتى : « ١ - كما تصح الحيازة مباشرة تصح بالواسطة ، متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بالشيء أو الحق الواردة عليه الحيازة . ٢ - وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه ، فان كانت استمراراً لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها » . وأصبح رقمها فى المشروع النهائى ١٠٢٦ . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٣ . وفى لجنة مجلس الشيوخ دارت مناقشة طويلة فى ورود الحيازة على الشيء ، وانقسمت الآراء . فرأى ذهب إلى وجوب بقاء هذه الحيازة لأن الحيازة قد ترد على الشيء دون الحق ، ورأى قال بالحذف لأن الحيازة فى كل صورها تكون على الحق سواء كان حق انتفاع أو حق ملكية ، وإذا كانت التشريعات الأجنبية تستعمل عبارة حيازة على الشيء فلأنها تجارى الرأى العام الذى يصرف الحيازة إلى الشيء . وقد لقي الرأى القائل بالحذف موافقة أغلبية اللجنة . وورد فى تقرير لجنة مجلس الشيوخ : « حذفت من الفقرة الأولى عبارة : كما تصح الحيازة مباشرة تصح بالواسطة . واستعوض عنها بعبارة تصح الحيازة بالواسطة . وحذف عبارة : بالشيء أو بالحق الواردة عليه الحيازة . واستعوض عنها بعبارة : بهذه الحيازة ، لأنها أدق فى الإعراب عن المقصود بالنص ، فالمراد هو أن ياتمر الوسيط بأوامر الحائز بالأصالة فيما يتعلق بهذه الحيازة ، لا فيما يتعلق بالشيء أو الحق الذى ترد عليه الحيازة » . وأصبح النص بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٩٥١ . ووافق مجلس عليه الشيوخ كما عدته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٣ - ص ٤٥٦) .

ونخلص من هذا النص أن الأصل في الحائز أن يباشر السيطرة المادية بنفسه ، أى أنه يستعمل بنفسه استعمالاً فعلياً على الوجه الذى قدمناه الحق الخاضع لحيازته ، سواء كان حق ملكية أو كان حقاً آخر . ولكن يقع مع ذلك أن يباشر هذه السيطرة المادية بالوساطة (corpore aliens) ، فيباشرها باسمه وسيط يكون متصلاً به اتصال التابع بالمتبوع ، ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بهذه السيطرة المادية . ويجتمع عند الحائز في هذه الحالة عنصرا الحيازة : العنصر المعنوى وهو القصد وسيأتى بيانه ولا ينوب عنه فيه أحد ، والعنصر المادى وهو السيطرة المادية ويباشرها بالوساطة . ومن ثم يبقى الحائز الأصلي هو الحائز ، وتنتج الحيازة آثارها القانونية في شخصه . أما الوسيط في السيطرة المادية فليس بحائز ، وليس لديه إلا السيطرة المادية ، وهذه السيطرة أيضاً لا يباشرها باسمه وإنما يباشرها باسم الحائز الأصلي .

والأمثلة على مباشرة السيطرة المادية بالوساطة كثيرة . من ذلك أن يباشر الحائز السيطرة المادية بواسطة خدمه وأتباعه وعماله ومستخدميه ، فهؤلاء يستولون عادة على منقولات يحصلون عليها باسم مخدمهم أو متبوعهم في أثناء تأدية أعمالهم ، فتدخل في حيازة المخدم أو المتبوع ويباشر هذا السيطرة المادية على المنقولات بواسطة أتباعه . ويبقى عنده العنصر المعنوى للحيازة ، ويكفى أن يكون قصداً عاماً في حيازة ما يستولى عليه الأتباع من المنقولات باسمه ، حتى قبل أن يعلم باستيلائهم عليها . فيكون عنده العنصر المعنوى مباشرة وهو القصد ، والعنصر المادى بالوساطة وهو السيطرة المادية (١) .

= ولامقابل للنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩١٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٥٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٢٧ ص ١٨٤ - ويدخل ضمن الأتباع سائق السيارة فهو يحوز السيارة حيازة مادية لحساب متبوعه ويحوز صاحب السيارة سيارته بواسطة السائق ، وكذلك ناظر الزراعة ويحوز صاحب الأرض بواسطته الأرض الزراعية .

ويباشر الحائز السيطرة المادية بالواسطة ، إذا حصل وكيل عنه على حيازة شيء اشتراه له مثلاً في حدود الوكالة ، ما دام الوكيل يعمل باسم الموكل ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بحيازة الشيء . وما لم يعلن الوكيل أنه اشترى الشيء لنفسه وحازَه لحسابه ، فإنه يعتبر قد اشتراه لموكله وحازَه لحساب الموكل . ويدخل الشيء في حيازة الموكل حتى قبل أن يعلم هذا أن الوكيل قد حازَه ، بل قبل أن يعلم أن الوكيل قد اشتراه (١) . أما إذا خرج الوكيل عن حدود الوكالة أو كان فضولياً ، فإن الشيء لا يدخل في حيازة الموكل أو حيازة رب العمل إلا في الوقت الذي يعلم فيه أن الوكيل أو الفضولي قد حاز الشيء ويقر فيه هذا العمل (٢) .

كذلك يباشر الحائز السيطرة المادية بالواسطة ، إذا كان قاصراً أو محجوراً عليه وكان مميزاً ، فيباشر باسمه السيطرة المادية الولي أو الوصي أو القيم (٣) . ويباشر الحائز السيطرة المادية بالواسطة ، إذا كان شخصاً معنوياً ، فيباشر باسمه السيطرة المادية المديرون أو الأشخاص الذين يفوضون في ذلك (٤) . وقد قضى بأن المجالس المحلية تباشر السيطرة المادية على الطرق العامة الداخلة في حيازتها ، لا بوساطة ممثليها فحسب ، بل أيضاً بوساطة الناس الذين يغدون ويروحون في هذه الطرق والذين يستعملونها وفقاً لما أعدت له (٥) .

(١) ويترتب على ذلك أن الموكل يعتبر حائزاً للشيء من وقت حيازة الوكيل له ، ويبدأ من هذا الوقت سريان التقادم لصالح الموكل (بودرى وتيسيه فقرة ٢٢٧ ص ١٨٣ - ص ١٨٤)

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٢٢٧ ص ١٨٢ - ص ١٨٣ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يجوز للولي على القاصر أن يتمسك بوضع يد القاصر المدة الطويلة لأجل كسب الملكية . وأما تمسك الخصم بقول المادة ٧٦ مدني (قديم) بأن يكون واضح اليد ظاهراً بنفسه وأن القاصر لا يمكنه أن يظهر بالانتفاع بالأطيان لإدارة حركتها لأنه هو نفسه محتاج للعناية بسبب أنه فاقد الأهلية التي تخوله معرفة الصالح لأمواله من الضار بها ، فردود بأن ولي أمر هذا القاصر أو وصيه هو الذي يقوم بوضع اليد نيابة عنه (استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٧٢ ص ٤٥٧) .

(٤) ولا يجوز لهؤلاء أن يكسبوا بالتقادم لمصلحتهم ملكية أموال الشخص المعنوي (بودرى وتيسيه فقرة ٣٠٧) .

(٥) نقض فرنسي ١٦ يناير سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٥ - ١ - ٢٤١ - ٢٥ يناير سنة

١٩١٤ ميريه ١٩١٨ - ١ - ١٦٩ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٤٩ .

هذا ونص المادة ٩٥١ مدنى سالف الذكر مقصور على الوسيط الذى يباشر الحيازة باسم الحائز ويكون متصلاً به اتصال التابع بالمتبوع فيأتمربأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة ، كما هو الأمر فى الأمثلة التى قدمناها . أما إذا كان الوسيط يتمتع بشيء من حرية التصرف ، كصاحب حق الانتفاع أو المستأجر ، فإنه لا يعتبر وسيطاً بالمعنى الوارد فى المادة ٩٥١ مدنى ، بل هو حائز عرضى (*possesseur à titre précaire*) فيما يتعلق بحق الملكية وحائز أصيل فيما يتعلق بحقه هو . فهو يحوز حق الملكية لحساب صاحب الرقبة أو المؤجر ، ويحوز لحساب نفسه حق الانتفاع العيى أو حق المستأجر الشخصى . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يأتى (١) .

والسيطرة المادية بواسطة الغير (٢) لا تفترض ، فإذا وجدت السيطرة المادية عند شخص افترض أنه يباشرها لحساب نفسه لا لحساب غيره ، فيكون هو الحائز إذ يجتمع عنده إلى جانب العنصر المادى العنصر المعنوى . وعلى من يدعى أنه هو الذى يوجد عنده العنصر المعنوى ، وأن الذى يباشر السيطرة المادية إنما يباشرها نيابة عنه ، أن يثبت ذلك (٣) . وإذا ما ثبت أن

(١) أنظر مايلى فقرة ٢٧٠ - أما المادة ٩٥١ مدنى سالفة الذكر فهى مقتبسة من المادة ٨٥٥ من التقنين الملقى الألمانى ، وهذا نصها : « إذا باشر شخص السيطرة المادية على شيء لحساب غيره ، بسبب الوظيفة التى يؤديها فى منزل الخدم أو فى صناعة المتبوع ، أو بسبب أى مركز آخر مماثل يلزمه أن ياتمر بالأوامر التى يتلقاها من المتبوع فى شأن هذا الشيء ، فالمتبوع وحده هو الذى يعتبر حائزاً » . وقد تشبع التقنين الألمانى فى هذا النص بالنظرية المادية للحيازة ، فجعل الحائز لحساب غيره فى الأصل حائزاً حيازة صحيحة ، ثم استثنى من ذلك حيازة الخدم والعمال والأتباع وغيرهم ممن ياتمرون بأمر الخدم أو المتبوع فجعل حيازتهم مجرد إحرازاً *détention* ، وجعل الحيازة الصحيحة *possession* عند الخدم أو المتبوع (أنظر مايلى فقرة ٢٦٦ و فقرة ٢٦٧ و فقرة ٢٧٠) .

(٢) وسرى فيما يلى (أنظر فقرة ٢٦٩) أن للعنصر المعنوى للحيازة ، بخلاف العنصر المادى أى السيطرة المادية ، يكون عند الحائز أصلاً ، ولا يباشره عنه غيره بالواسطة . وذلك ما لم يكن الشخص عديم التمييز ، كالطفل غير المميز والمجنون ، فيجوز أن يكسب الحيازة فى عنصرها المعنوى والمادى عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية ، أى عن طريق الولى أو الوصى أو القيم (أنظر م ٩٥٠ مدنى) .

(٣) بلانيول وديبير ويكار ٣ فقرة ١٤٦ ص ١٦٣ .

شخصا يباشر السيطرة المادية بالوساطة عن غيره ، فانه يبقى مباشرا لها بهذه الصفة ، ويفترض فيه أنه مستمر في مباشرة السيطرة المادية بالوساطة عن غيره. فلا يستطيع أن يغير بنفسه لنفسه الأصل الذي تقوم عليه مباشرته للسيطرة المادية ، وذلك ما لم تتغير صفته إما بفعل الغير وإما بفعل منه يدل في وضوح على أنه أصبح يباشر السيطرة المادية لحساب نفسه (١) . وفي هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ٩٥١ مدني كما رأينا : « وعند الشك يفترض أن مباشر الحياة إنما يحوز لنفسه ، فان كانت استمرارا لحياة سابقة لفترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « والقاعدة أن من عنده الحياة يفترض أنه حائز لنفسه ، ويبقى حائزا لنفسه إلى أن يقوم الدليل على أنه حائز لغيره ، أو أنه أصبح يحوز لغيره » (٢) .

٢٦٢ — السيطرة المادية على الشيوع : كان المشروع التمهيدى للتقنين

المدنى الجديد يتضمن نصا ، هو المادة ١٤٠٢ من هذا المشروع ، يجرى على الوجه الآتى : « إذا حاز شخصان أو أكثر شيئا شائعا ، أو حازوا جميعا حقا واحدا ، جاز لكل منهم أن يقوم بالأعمال التى ترتب على حياة الشيء أو الحق على ألا يحول ذلك دون قيام سائر الشركاء بما يحوز لهم من تلك الأعمال » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص : « كما تكون الملكية شائعة تكون الحياة أيضا شائعة ، فقد يحوز شخصان أو أكثر أرضا على الشيوع . ويجوز لكل شخص من الحائزين على الشيوع أن يقوم بأعمال الحياة ، بشرط ألا يحول ذلك دون قيام شركائه بهذه الأعمال » . ولكن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة « تجنباً للتفصيلات » (٣) .

فالنص قد حذف إذن لأنه تطبيق تفصيلي للقواعد العامة ، فحذفه لا يمنع من العمل به . والحائز على الشيوع يكون عنده العنصران المعنوى والمادى

(١) وهذا ما يسمى بتغير صفة الحياة *intersion du titre* (م ٩٧٢ مدني : أنظر مايلي فقرة ٢٧٢) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٥ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٤ فى الهامش .

للحيازة ، ولكنه في العنصر المعنوي يقصد استعمال الحق شائعاً مع غيره لا خالصاً لنفسه ، وفي العنصر المادي يباشر السيطرة المادية شائعة مع غيره لا خالصة لنفسه . فيقوم بالأعمال المادية للحيازة ، بشرط ألا يحول قيامه بهذه الأعمال دون أن يقوم الحائزون على الشيوع معه هم أيضاً بها . مثل ذلك دار يحوزها شخص على الشيوع مع شخص آخر ، فيسكنان الدار معاً ، ويوثرانها معاً ، وقد يقتسمها فيما بينهما قسمة مهايأة مكاتبة فيستقل كل منهما بسكنى طابق إذا كانت الدار تشتمل على طابقين ، أو قسمة مهايأة زمانية فينتفع كل منهما بالدار مدة معينة على التعاقب .

والحيازة على الشيوع على هذا النحو لا تنتج من الآثار إلا ما يتفق مع هذا الشيوع . فلا تحمي حيازة كل شخص بلعاوى الحيازة إلا على أساس أنها حيازة على الشيوع ، فكما تحمي حيازة أحد الشريكين تحمي أيضاً حيازة الآخر على اعتبار أن حيازة كل منهما شائعة . كذلك لا يكسب أحد الشريكين الحق بالتقادم إلا شائعاً ، فيملك نصفه مثلاً أو ثلثه شائعاً إذا توافرت شروط التقادم^(١).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان أحد الشركاء في الشيوع واضحاً يده على جزء معين تسهيلاً لطريق الانتفاع ، فهو يملك في هذا الجزء ما يتناسب مع نصيبه في المجموع ، ويكون انتفاعه بالباقي مستمداً من حقوق شركائه الآخرين على أساس التبادل في المنفعة . وليس من حق أحد الشركاء أن يتزعم منه الأرض بحجة أنه معادل له في الحقوق في الأرض . بل كل ماله - إن لم يعامل هذه المعاملة بالذات أو إذا أراد الملوك عنها - أن يطلب قسمة الأرض أو يرجع على واضح اليد بما يقابل الانتفاع . فإذا كان الحكم قد أثبت أن وضع اليد بشروطه القانونية كان لأحد الشركاء على الشيوع ، فهذا الشريك ، في سبيل حماية يده الفعلية على العقار من تعرض المشتري من أحد شركائه ، أن يرفع دعوى وضع اليد ضد المتعرض ، والمشتري وشأنه في اتخاذ ما يراه كفيلاً بالمحافظة على حقوقه (نقض مدني ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣١ ص ٦٠) . وقضت أيضاً بأن الحصة الشائعة في عقار كالنصيب المفرز فيه ، من حيث إن كليهما يصح أن يكون محلاً لأن يحوز حائزه على وجه التخصيص والانفراد . ولا فارق بين الاثنين إلا من حيث إن حائز النصيب المفرز تكون يده برؤية من المخالطة ، أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتاعين . والمخالطة ليست عيباً في ذاتها ، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وإيهام . فإذا اتفق المشتاعون ووقف كل منهم في ممارسته لحيازته عند حد حصته مراعيًا حصة غيره ، كما إذا اغتصب اثنان فأكثر عقاراً وحازوه شائعاً بينهم جاعلين لكل منهم حصة فيه ، جاز أن يملكوه بالتقادم سواء اشتركوا في حيازته المادية =

وهذا لا يمنع أحد الشريكين من أن يغير بعمل منه صفة الشروع ، إذا كان هذا العمل يدل في وضوح على أنه أصبح يحوز الحق كله خالصا لنفسه . وعند ذلك تحمي حيازته بدعاوى الحيازة على أنها حيازة خالصة له لا شائعة ، ويكسب الحق كله خالصا بالتقدم إذا توافرت شروطه (١) .

أوناب في هذه الحيازة بعضهم عن بعض . هذا إذا لم يكن المالك العقار يد عليه وخلصت الحيازة لفاصيه ، أما إذا كان للمالك يد على العقار ، فالفرض أن اجتماع يده مع يد الغير يؤدي إلى مخالطة من شأنها أن تجعل يد هذا الغير غامضة ، فضلا عن إمكان حمل سكوت المالك على محمل التسامح . لكن هذا الفرض ينتفى كما تنتفى مظنة التسامح من جانب المالك ، إذا كان الغير الذي زعمه في ملكه قد استطاع أن يحوز حصة شائعة في عقاره استقرت على مناهضة حق المالك ومناقضته على نحو لا يترك محلا لشبهة الغموض أو مظنة التسامح ، وعندئذ تكون الحيازة سالحة لأن تكون أساساً لتملك الحصة الشائعة المحوزة بالتقدم (نقض مدني ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٧ ص ٩٧) . وقضت أخيراً بأن الحيازة في عنصرها المادي تقتضي السيطرة الفعلية على الشيء الذي يجوز التعامل فيه ، وهي في عنصرها المعنوي تستلزم نية اكتساب حق على هذا الشيء . ولما كانت الملكية الشائعة لا تنصب إلا على حصة شائعة في أجزاء المال المشترك إلى أن تتميز بالفعل عند حصول القسمة ، فإن هذه الحصة يصح ، على ما جرى به قضاء محكمة النقض ، أن تكون محلا لأن يحوزها شخص على وجه التخصيص والانفراد بنية امتلاكها (نقض مدني ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ رقم ٤٧ ص ٣٠٦) .

وانظر أيضاً نقض مدني ١١ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤١ ص ١٠٦ - استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٣٥ - ٢٠ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٤١ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٦٠ - ١٣ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٢٠ - ٣ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٠٤ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس في القانون ما يحرم على الوارث أن يملك بالتقدم نصيب من ورثوا معه ، فهو في ذلك كأي شخص أجنبي عن الشركة يملك متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة في القانون ، وهي الظهور والجهود والاستمرار ونية التملك . والبحث في تحقق هذه الشرائط متروك لقاضي الدعوى لتعلقه بالموضوع ، ولا شأن لمحكمة النقض معه إذا هو قد أقام قضاؤه في ذلك على ما يكفي لتبريره (نقض مدني ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٣٦) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن الشريك لا يمكنه أن يكسب بوضع اليد ملكية العين من غير أن يكون واضحاً من تصرفاته ما إذا كانت صادرة منه بصفته شريكاً أو مالكاً مستقلاً ، فإذا تبين أن الشريك تجاوز حدود حقه واستغل العين باعتباره مالكاً لها بمفرده ، كانفراده بالتصرف وجووده حق شريكه بأي عمل من شأنه أن يقطع بنيته في التملك على صورة واضحة غير مبهمة non équivoque ، فإنه يملك العين لا محالة لانقطاع كل شك في طبيعة وضع يده (استئناف مصر ١٣ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٤ ص ٩٨٨) - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة

والحيازة فى الشىوع هى ، كما رأينا ، حيازة يشترك فيها شخصان أو أكثر ، كل منهم يحوز الحق شائعا مع سائر شركائه . ومن ثم لا يجوز أن يحوز شخصان شيئا واحدا إلا على أساس أنهما يحوزانه على الشىوع ، أو على أساس أن كلا منهما يحوز جزءا مفرزا من هذا الشىء ، أو على أساس أن كلا منهما يحوز حقا على الشىء غير الحق الذى يحوزه الآخر فيحوز أحدهما مثلا حق الانتفاع والآخر حق الرقبة . أما أن يحوز كل منهما الشىء كله خالصا لنفسه فهذا لا يجوز ، لأن حيازة أحدهما للشىء كله خالصا له تمنع من حيازة الآخر لنفس الشىء على هذا النحو . فإذا اغتصب شخص من المالك أرضه ، أصبح هو الحائز وحده للأرض . أما المالك فقد تجرد من الحيازة ، مع استبقائه لحق الملكية حتى يكسبه الحائز هو أيضا بالتقادم^(١) . ولا يوجد إلا استثناء واحد من هذه القاعدة ، هو أن يغتصب شخص الحيازة من شخص آخر فيصبح هو الحائز ، ويجوز فى الوقت ذاته لمن فقد الحيازة أن يطلب فى خلال السنة التالية لفقدائها ردها إليه بدعوى استرداد الحيازة (م ٩٥٨ مدنى) . ففى هذه الحالة يعتبر كل من الحائز الفعلى والحائز الذى فقد الحيازة حائزا لنفس الشىء ، دون أن يكونا حائزين على الشىوع . أما الحائز الفعلى فحيازته هى الحيازة الفعلية الواقعة ، وأما من فقد الحيازة فحيازته تتمثل فى إمكان استرداد الحيازة التى فقدتها فى خلال السنة فإذا ما استردها اعتبر كأنه لم يفقدوها أبدا^(٢) .

٢٦٣ - استبقاء السيطرة المادية : ومتى تحققت السيطرة المادية لشخص

على شىء ، عقارا كان الشىء أو منقولا ، فإنها تبقى مادامت لم تنقطع . فيستبقى الشخص السيطرة المادية على المنقول ، مادام فى قبضة يده ولم يخرج من حوزته . ويستبقى على العقار مادام محتفظا بالعنصر المعنوى أى بعنصر القصد ، حتى لو انقطع عن استعمال العقار فترات معينة ، تطول أو تقصر ، ويكفى استبقاء عنصر القصد لاستبقاء الحيازة (animo retinetur poasessic)

= المكتب الفنى لأحكام النقص فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٣٧ - استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٨٧ ص ٦٠٤ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٣٠٠ ص ٧٧٥ .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٠٦ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٢٠٦ ص ١٦٩ .

فما دام الشخص متمكنا من حيازة الشيء والسيطرة عليه سيطرة مادية ، فإنه يستبقى العنصر المادى ما دام محتفظا بالعنصر المعنوى أى بعنصر القصد (solo animo) (١) . فإذا كان الشيء دارا وانقطع الحائز عن سكناها ، أو أرضا وانقطع عن زراعتها ، فإنه يبقى مع ذلك محتفظا بعنصر السيطرة المادية على الدار أو على الأرض ، مادام يبقى متمكنا من العودة إلى سكنى الدار أو إلى زراعة الأرض . ولا تزل السيطرة المادية إلا إذا أصبح الشخص غير متمكن من ذلك ، كأن إستولى شخص آخر على الدار أو الأرض ومضى على فقد الشخص الأول لحيازته أكثر من سنة ، أو إذا ترك الحائز الدار أو الأرض ففقد بذلك عنصر القصد . فانقطاع الشخص عن سكنى الدار مدة ولو طالت مع تمكنه من العودة إلى سكناها ، وانقطاعه عن زراعة الأرض سنوات ولو تعددت مع تمكنه من العودة إلى زراعتها ، قد يشوب الحيازة بعبب التقطع (discontinuité) فلا تنتج أثرها من حيث كسب الملكية بالتقادم كما سيجىء ، ولكنه لا يجعل الشخص يفقد الحيازة فى ذاتها ، بل يبقى محتفظا بعنصرها ، عنصر السيطرة المادية الذى استبقاه بتمكنه من العودة إلى هذه السيطرة ، وعنصر القصد الذى لا يضيعه إلا إذا كان الانقطاع قد دام مدة طويلة بحيث يستخلص من ذلك أن الشخص قد فقد هذا العنصر (٢) . وإذا بوشرت السيطرة المادية بالواسطة ، فإنها تبقى حتى لو تجرد الوسيط عن الحيازة أو مات أو أصبح عديم التمييز ، ما دام أجنبى لم يستول على هذه السيطرة المادية (٣) .

وقد يتوقف العنصران لعارض طارىء ، كأن يفقد الحائز التمييز فيفقد عنصر القصد وعنصر السيطرة المادية معاً ، ومع ذلك تستمر الحيازة باقية

(١) نقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٩ - ٧٢ - ١١ يناير سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥٠ - ١٢٥ - بلانيول ورييرويكار ٣ فقرة ١٥٢ .

(٢) نقض فرنسى ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ - ١ - ٢٤٧ - ٩ يناير سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠١ - ١ - ٤٤٩ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٢٨ - واستبقاء السيطرة المادية على هذا النحو ، أى بالاحتفاظ بعنصر القصد ومجرد التمكن من العودة إلى السيطرة المادية ، مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع (بودرى وتيسيه فقرة ٢٣١) .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٢٣٠ .

لا تنقطع ما دام النائب قانونا عن الحائز ، من ولى أو وصى أو قيم ، ناب عنه فى خلال وقت معقول فى استبقاء العنصرين ، فيستبقى من فقد التمييز كلا العنصرين بالوساطة (١) .

ب - العنصر المعنوى - العنصر

٢٦٤ - كيف يتحقق عنصر العنصر : يتحقق العنصر المعنوى ، وهو عنصر القصد (animus) ، فى النظرية التقليدية وهى النظرية الشخصية ، بأن يقوم الحائز بالأعمال المادية للحيازة بقصد استعمال الحق الذى يريد حيازته . وإلى جانب هذه النظرية الشخصية التى يمثلها سافيني ، توجد النظرية المادية التى يمثلها إهرنج . وقد وقف التقنين المدنى المصرى الجديد موقفا معينا من هاتين النظريتين . ولا يعتبر استعمال الرخصة من المباحات ولا أعمال التسامح منطقية على عنصر القصد ، فلا تقوم الحيازة على هذه الأعمال لانعدام العنصر المعنوى . وعنصر القصد يجب أن يوجد عند الحائز شخصيا ، فلا ينوب عنه غيره فيه إلا إذا كان الحائز عديم التمييز ولا يعتبر عنصر القصد متوافرا عند الحائز العرضى (possesseur précaire) وهو الحائز لحساب غيره ، مالم تتغير صفة الحيازة العارضة فينقلب الحائز العرضى إلى حائز لحساب نفسه .

هذه هى المسائل التى نبحثها فى خصوص العنصر المعنوى :

٢٦٥ - النظرية الشخصية فى عنصر العنصر : هذه هى النظرية التقليدية فى الحيازة ، وهى النظرية التى يأخذ بها التقنين المدنى الفرنسى والتقنينات اللاتينية الأخرى المتفرعة عنه . وتذهب إلى أن للحيازة عنصرا معنويا إلى جانب العنصر المادى ، وإلى أنه لا تكفى لتحقيق الحيازة السيطرة المادية (corpus) وهى العنصر المادى ، بل يجب إلى جانب هذا العنصر المادى توافر عنصر معنوى وهو عنصر القصد (animus) . والمقصود بعنصر القصد ، فى هذه النظرية الشخصية ، أن يكون الحائز قاصدا أن يستعمل الحق لحساب نفسه . فإذا كان الحق هو حق الملكية - وهو يختلط كما قدمنا بالشئ ذاته طبقا للتقاليد الرومانية

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٢٩ .

الموروثة - وجب أن يتوافر عند الحائز قصد استعمال حق الملكية لحسابه (*animus domini*) ، فيتصرف في الشيء تصرف المالك ، يستعمله ويستغله ويستهلكه كما يفعل المالك . وإذا كان الحق هو حق ارتفاق أو حق انتفاع ، وجب أن يتصرف الحائز كما لو كان هو صاحب الحق وقد توافرت عنده نية استعماله لحساب نفسه . فالقصد إذن هو نية الحائز في أن يستعمل الحق لحساب نفسه (*animus rem sibi habendi*) ، سواء كان حق ملكية أو حقاً آخر . فالحائز لحساب غيره ، كالمستأجر والمستعير والمودع عنده ، لا يتوافر عنده عنصر القصد ، إذ هو لا يستعمل الشيء لحساب نفسه ، بل يستعمله لحساب المؤجر أو المعير أو المودع .

ولم يكن القانون الروماني يتطلب توافر عنصر القصد بالمعنى المتقدم ، بل كان يحمي الحيازة حيث تكون حمايتها نافعة ، دون حاجة إلى توافر هذا العنصر (١) .

أما القانون الفرنسي القديم فقد كان يشترط توافر عنصر القصد لقيام الحيازة ، وقد أشار إليه فقهاء هذا القانون صراحة . بل إن أحدهم ، وهو Dumod ، استعمل التعبير الدال على ذلك ، فذكر عبارة *animus domini* وعبارة *animus rem sibi habendi* ، ولم يكن سافينى هو أول من استعمل هذه التعبيرات . وقد ذكر Domat قبل ذلك أن الحيازة الحقيقية هي إحراز الشخص الشيء على أساس أنه هو المالك له ، فإذا أحرز شخص شيئاً لحساب غيره ، كالمستأجر وصاحب حق الانتفاع ، فانه لا يكون عنده إلا مجرد الإحراز ، أما الحائز فهو هذا الغير الذي عنده قصد التصرف كما لك والذي يحرز الشيء بوساطة المستأجر أو صاحب حق الانتفاع (٢) . وقال Pothier في هذا المعنى إنه لا يجوز الخلط بين الحيازة الطبيعية (*proseion naturelle*) وبين مجرد إحراز (*détention*) الشخص لشيء لحساب غيره وباسم هذا

(١) جيرار ص ٢٥٩ و ص ٢٦١ - كيك في المجلة التاريخية الجديدة للقانون الفرنسي والقوانين الأجنبية سنة ١٨٩٤ ص ٥ .
(٢) دوما في القوانين المدنية الكتاب الثالث الباب السابع .

الغير كما هو شأن المستأجر والمودع عنده والمستعير . فاحراز هؤلاء الأشخاص للشيء المؤجر لهم أو المودع عندهم أو المعار لإياهم ليس إلا مجرد إحراز (*mera custodia*) ، لأنهم لا يحرزون الشيء لحسابهم ، بل لحساب من أجر الشيء أو أودعه أو أعاره . والمؤجر أو المودع أو المعير هو الحائز ، ويحرز الشيء عن طريقهم وبوساطتهم (١) .

وانتقل وجوب توافر عنصر القصد في الحيازة من القانون الفرنسى القديم إلى التقنين المدنى الفرنسى ، ويتبين ذلك من الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية لهذا التقنين (٢) . وأصبح الآن مقرراً فى القانون الفرنسى أن العنصر المعنوى ، وهو عنصر القصد ، لا بد من توافره لقيام الحيازة (٣) . فلا بد أن يكون عند الحائز نية استعمال الحق لحساب نفسه ، فإذا انعدمت هذه النية لم تقم الحيازة . ولما كانت النية تتعلق بالشخص ، فقد سميت هذه النظرية بالنظرية الشخصية . ونادى بها سافينى حتى أنها عرفت باسمه ، فعنده أن عنصر القصد هذا هو العنصر الجوهرى فى الحيازة ، وهو الذى يقلب مجرد السيطرة المادية إلى حيازة صحيحة تنتج آثارها . أما من يحرز الشيء لحساب الغير فلا يتوافر عنده عنصر قصد الحيازة لحساب نفسه (*animus domini*) ، وليس لديه إلا نية الإحراز لحساب الغير (*animus detinendi*) (٤) .

٢٦٦ - النظرية المادية فى عنصر القصد : وقد عارض إهرنج ، بما

سماه النظرية المادية (*théorie objective*) فى القصد ، النظرية الشخصية (*théorie subjective*) التى عرفت باسم سافينى فيما قدمناه . فعند

(١) بوتيه فى الحيازة .

(٢) أنظر Lorré ١٦ ص ٥٥٨ وص ٥٦١ .

(٣) وليس من الضرورى أن يتوافر عنصر القصد بالنسبة إلى شيء بالذات ، بل يكفى أن يتوافر قصد عام إلى حيازة الأشياء التى اتخذت تدابير خاصة لحيازتها . فيعتبر الشخص حائزاً للمراسلات التى أودعت فى صندوق بريده ، حتى قبل أن يعلم أن هذه المراسلات قد أودعت فى صندوق البريد (بلايول وريير ويكار ٣ فقرة ١٤٦ ص ١٦٣ - بلايول وريير وبولانجي ١ فقرة ٢٧٦٥ ص ٩١٤) .

(٤) بلايول وريير ويكار ٣ فقرة ١٤٦ ص ١٦١ - ص ١٦٢ .

إهرنج (١) ليس عنصر القصد عنصراً مستقلاً عن عنصر السيطرة المادية ، بل إن هذا العنصر الثاني يتضمن ضرورة العنصر الأول . فالسيطرة المادية هي الحياة بذاتها ، وإذا كانت هناك إرادة أو نية أو قصد في الحياة ، فليست هذه الإرادة أو القصد إلا في الأعمال المادية التي يقوم بها الحائر لتحقيق سيطرته ، إذ أن هذه الأعمال يجب أن تكون أعمالاً إرادية قصدية . فالنائم لا يحوز ما يلتقي في يده في أثناء نومه ، والسجين لا يحوز ما يقبده من الأغلال . وكذلك عديم التمييز لا يستطيع حياة شيء بنفسه لأنه لا إرادة له ، والأعمال المادية التي يقوم بها تكون أعمالاً غير إرادية . وهو لا يحوز إلا بوساطة الغير ، فينوب عنه الولي أو الوصي أو القيم في الأعمال الإرادية التي تتحقق بها الحياة . وكل من يسيطر على شيء سيطرة مادية عن طريق أعمال إرادية قصدية يكون حائراً له ، سواء كان يحوز الشيء لحساب نفسه أو لحساب الغير . فالمستأجر أو المستعير يعتبر حائراً ، لأنه يسيطر على الشيء سيطرة مادية وينتفع به . ولا يمنع من أن يكون حائراً أنه لا يحوز لحساب نفسه بل لحساب المؤجر أو المعير ، إذ أن إهرنج لا يشترط في الحياة عنصر القصد بالمعنى المفهوم في النظرية الشخصية . وقد رأينا أن عنصر القصد في النظرية الشخصية معناه أن يحوز الشخص لحساب نفسه ، أما عنصر القصد في النظرية المادية فعناه كما قدمنا أن تكون الأعمال المادية التي يسيطر بها الشخص على شيء أعمالاً إرادية قصدية ، سواء كان الشخص يحوز لحساب نفسه أو لحساب غيره (٢) ويقول إهرنج إن هذا كان هو الحكم في القانون الروماني ، فلم يكن هذا القانون يشترط في الحياة عنصر القصد بالمعنى الذي تقول به النظرية الشخصية ، وكان الحائر لحساب غيره كالحائر لحساب نفسه كل منهما يعتبر حائراً . ولم يكن

(١) أنظر إهرنج في دور الإرادة في الحياة (ترجمة Meulenaere) - وفي الحياة نظرية مبسطة في متناول جميع الناس (أعمال مختارة ترجمة Meulenaere جزء ٢ ص ٢١٥ وما بعدها) - وانظر أيضاً Cornil في الحياة ص ٣٠ وما بعدها وص ٧٠ وما بعدها .
(٢) وقد يختار تشريع معين أن يحى حياة الشخص لحساب نفسه دون أن يحى حياة الشخص لحساب غيره ، ولكن ذلك لا يمنع في نظر إهرنج من أن الحياة تتحقق في كل من الفرضين ، وتكون حياة الشخص لحساب غيره حياة صحيحة ولكنها حياة لا يحىها القانون (بودرى وتيسيه فقرة ١٩٩ مكررة أولاً) .

القانون الروماني يميز بين السيطرة المادية (*détention*) والحيازة (*possession*) ، فالسيطرة المادية عنده هي الحيازة ولو كانت لحساب الغير . وكان القانون الروماني يحمي الحيازة بهذا المعنى حيث تكون حمايتها نافعة (١) ، فتارة يحمي الحائر لحساب الغير إذا كان يتمتع في حيازته بشيء من حرية التصرف ، وتارة لا يحميه إذا كان في حيازته مجرد تابع لا يصدر إلا عن رأي متبوعه وطبقا للتعليمات التي يتلقاها منه كما هو شأن الخادم والعامل والرسول . ويذهب إهرنج ، تبعاً لذلك ، إلى أن الذي يميز الحيازة (*possession*) عن مجرد الإحراز (*détention*) ليس هو وجود قصد الحائر في أن يحوز لحساب نفسه كما تقول النظرية الشخصية ، فان وجود هذا القصد ليس ضرورياً لقيام الحيازة ، وقد يحوز الشخص لحساب غيره ومع ذلك يعتبر حائراً بالمعنى الصحيح . ولكن قد يحرز الشخص شيئاً ويكون في إحرازه إياه مجرد أداة في يد الغير يحوز الشيء باسمه ولحسابه ، فيكون هذا العنصر عاملاً سلبياً يستبعد الحيازة الصحيحة (*causa possessione*) فتتقلب إلى مجرد إحراز (*causa detentionis*) . أما حيث لا يكشف القاضي عن هذا العامل السلبي الذي يستبعد الحيازة ، فقد وجب عليه أن يعتبر الحيازة قائمة لمجرد قيام مظهر خارجي محسوس من السيطرة المادية ، وتكون هذه السيطرة المادية هي الحيازة ذاتها ، ومن ثم سمي إهرنج نظريته بالنظرية المادية .

ولعل أهم نتيجة عملية للنظرية المادية هي جواز حماية الحائر لحساب غيره بدعوى الحيازة ، حيث لا تحميه النظرية الشخصية . وأهم تطبيق لهذه النتيجة العملية هو حماية حيازة المستأجر ، إذ المستأجر لا يحوز لحساب نفسه بل لحساب المؤجر ، ومن ثم لا تحميه النظرية الشخصية ، أما النظرية المادية فتحميه بجميع دعاوى الحيازة (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٥ .

(٢) وقد تأثرت التقنيات الجرمانية بالنظرية المادية للحيازة تأثراً بعيداً ، بل هي قد أخذت بها في نصصر صريحة . ففى التقنين المدني الألماني تعرف الحيازة بأنها السيطرة الفعلية *Pouvoir de fait* على الشيء (م ٨٣٤ مدني ألماني) ، فكل من له هذه السيطرة الفعلية يكون حائزاً ، حتى لو كان حائزاً لحساب غيره كصاحب حق الانتفاع والدائن المرتهن ومن حيازة والمستأجر =

٢٦٧ - موقف التقنين المرنى المصرى الجريد من النظريتين الشخصيتين

والمادية : الآن وقد استعرضنا النظريتين الشخصية والمادية فى العنصر المعنوى.

= والمودع عنده . ثم تنص المادة ٨٦٨ من هذا التقنين على أنه «إذا حاز شخص شيئاً بصفته صاحب حق انتفاع أو دائناً مرتباً رهن حيازة أو مزارعاً له أو مستأجراً أو مودعاً عنده ، أو حازه بأية صفة مماثلة أخرى تجعل له الحق أو تلزمه نحو الغير بأن يحوزه حيازة مؤقتة ، فإن هذا الغير يعتبر هو أيضاً حائزاً للشيء .» ويميز التقنين المبنى الألمانى ، كما تميز النظرية المادية ، الحيازة (possession) عن مجرد الإحراز (détention) . فقد يحوز الشخص شيئاً ويكون فى إحرازه إياه . مجرد أداة فى يد الغير ، فيكون ذلك عاملاً سلبياً يستبعد الحيازة الصحيحة فتكون مجرد إحراز . وتنص المادة ٨٥٥ من هذا التقنين فى هذا المعنى ، كما رأينا (أنظر آنفاً فقرة ٢٦١ فى الهامش) . على أنه «إذا باشر شخص السيطرة المادية على شيء لحساب غيره ، بسبب الوظيفة التى يؤديها فى منزل الخدم أو صناعة المتبوع ، أو بسبب أى مركز آخر مماثل يلزمه أن ياتمر بالأوامر التى يتلقاها من المتبوع فى شأن هذا الشيء ، فالمتبوع وحده هو الذى يعتبر حائزاً» . وأخذ التقنين المبنى السويسرى هو أيضاً بالنظرية المادية . فنص فى المادة ٩١٩ منه على أن «من له السيطرة الفعلية على الشيء تكون له حيازته» . ونص فى المادة ٩٢٠ منه على أنه «إذا سلم الحائز للشيء لغيره ، ليولى عليه حق ارتفاق أو حق رهن حيازة أو حقاً شخصياً ، فكل من الاثنين يكون حائزاً للشيء» . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين السويسرى : «إن الذى يعنى المشرع هو الحيازة فى ذاتها مجردة عن أية صفة أخرى غير تلك التى تستمد من الواقعة المادية التى أوجدت الحيازة . وما زاد على ذلك لا يعنى المشرع ونية الحائز مسألة تخرج من نطاق القانون» (Huber : التقنين المبنى السويسرى - المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ص ٦٩٤ وص ١٩٥) ويختلف التقنين المبنى السويسرى عن التقنين المبنى الألمانى فى أمرين هامين : (الأمر الأول) أن التقنين السويسرى يقرر فى نصوص صريحة جواز حيازة الحقوق الشخصية ، فترد الحيازة على الحق الشخصى ورودها على الحق العيى . (والأمر الثانى) أن التقنين السويسرى لا يفرق ، كما فرق التقنين الألمانى ، بين حيازة الشخص لحساب نفسه كحيازة المستأجر وحيازة التابع لحساب متبوعه كحيازة الخدم والتابع . ولا يعتبر ، كما اعتبر التقنين الألمانى ، الحيازة الأولى حيازة صحيحة (possession) والحيازة الأخرى مجرد إحراز (détention) . بل كل من الحيازتين فى نظر التقنين السويسرى حيازة صحيحة ، وما دامت هناك سيطرة مادية على الشيء فهذه السيطرة تكون حيازة جديرة بأن تحمى دعاوى الحيازة (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٧ ص ١٦٤ - ص ١٦٥) .

أنظر فى الدفاع عن النظرية الشخصية فى وجه النظرية المادية وفى وجوب استبقاء عنصر القصد فى الحيازة : بودرى وتيسيه فقرة ١٩٩ مكررة سادساً - وانظر فى أن النظرية المادية ، وإن كانت تفضل فى مجموعها النظرية الشخصية ، تنطوى على كثير من الصعوبات فى التطبيق ، وفى أنه يجب على كل حال توسيع النظرية الشخصية حتى تنسج حماية الحائز لحساب غيره بدعاوى الحيازة : بلانيول وديبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٧ ص ١٦٥ - ص ١٦٦ .

للحيازة وهو عنصر القصد ، نقف قليلا لتعرف ماهو موقف التقنين المدني المصري الجديد من هاتين النظريتين (١) .

لا شك في أن المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد قد أخذ مبدئيا بالنظرية الشخصية ، ولكنه وسعها بأن استعار من النظرية المادية أهم نتائجها وهي امتداد الحيازة إلى الحقوق الشخصية وعدم اقتصارها على الحقوق العينية. ورتب على هذه النتيجة أهم تطبيق عملي ، وهو اعتبار المستأجر حائزا لحقه الشخصي ، وحمى حيازته هذه بجميع دعاوى الحيازة (٢) . وللتدليل على ما ذكرناه نعلم ما يأتي :

أولا - كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا ، هو المادة ١٣٩٨ منه ، يعرف الحيازة على الوجه الآتي : « الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه ، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق. » وبالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٣) نجد أن هذا النص مقتبس من المادتين ٩١٩ و ٩٢٠ من التقنين المدني السويسرى ، وهما مادتان

(١) والذي يذهب إليه جمهور الفقهاء في مصر هو أن التقنين المدني الجديد قد أخذ ، كالتقنين المدني السابق ، بالنظرية الشخصية (أنظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٧٤ ص ١٢٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٨٧ ص ٤٩٩ - ص ٥٠٢ - إسماعيل غانم ص ١٠١ - ص ١٠٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٦٢ ص ٣٧٧ - ص ٣٧٩ - حسن كيرة ص ٨٥ - رمزي سيف الوجيز في المرافعات طبعة ١٩٥٧ فقرة ١٣٩ و فقرة ١٥٦ - أحمد أبو الوفا في المرافعات طبعة ١٩٥٥ فقرة ١١٤ - أحمد مسلم في أصول المرافعات طبعة ١٩٥٩ فقرة ٣٠٦ - فقرة ٣٠٧) . وهناك من يذهب إلى أن التقنين المدني الجديد قد أخذ بالنظرية المادية للحيازة ، فيحتسب الحائز لحساب غيره بدعاوى الحيازة كما يحتسب بها الحائز لحساب نفسه (عبد المنعم الشرقاوى في المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ فقرة ٥٩) . وهناك أخيراً من يذهب إلى أن التقنين المدني الجديد لم ينحز إلى جانب أى من النظريتين ، بل اتخذ موقفاً وسطاً بينهما (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٤٢) .

(٢) وقد كان توسع المشروع التمهيدى في الحيازة على هذا النحو ، واستمداده هذا التوسع من النظرية المادية ، هو القدر المقبول الذى يحقق التوازن ما بين النظريتين الشخصية والمادية ، ويأخذ من كل منهما بالقسط الصالح ، وهو ما يميل الفقه الفرنسى إلى الأخذ به (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٧ ص ١٦٥ - ص ١٦٦ - وأنظر آنفاً فقرة ٢٦٦ في آخرها في الهامش) .

(٣) أنظر مشروع تنقيح القانون المدني - مذكرة لإيضاحية الجزء الرابع ص ٢١٧ .

متأثرتان إلى حد بعيد جدا بالنظرية المادية^(١) . والعبارة الأخيرة الواردة في نص المشروع التمهيدى ، وهى « أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق » ، قصد بها استعمال أى حق ، سواء كان هذا الحق عينيا أو شخصيا ، جريا على نهج نصوص التقنين المدنى السويسرى سالفه الذكر . ويقطع فى ذلك ماورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص المادة ١٣٩٨ المشار إليها : « الحيازة هى سيطرة فعلية على شئ ، أو حق . فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الرهن المختلفة ، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية^(٢) » . فالمادة ١٣٩٨ من المشروع التمهيدى قد مدت إذن الحيازة إلى الحقوق الشخصية ولم تقصرها على الحقوق العينية ، متأثرة فى ذلك بالنظرية المادية للحيازة التى تأثرت بها نصوص التقنين المدنى السويسرى ، مافى ذلك من ريب^(٣) . ولكن يبدو أن المشروع التمهيدى لم يرد أن يعتنق النظرية المادية اعتناقا تاما وأن يهجر النظرية الشخصية ، فان المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع ، بعد أن ذكرت أن الحيازة تمتد إلى الحقوق الشخصية وعددت شروط الحيازة ، قالت ما يأتى : « وللحيازة ، بعد توافر شروطها ، عنصران عنصر مادى هو السيطرة المادية ، وعنصر معنوى هو نية استعمال حق من الحقوق^(٤) » . وفى هذا القول إشارة واضحة إلى النظرية الشخصية ، وتعريف

(١) أنظر آنفاً ص ٨٠٧ هامش ٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٠ .

(٣) وما يقطع فى أن المشروع التمهيدى قد أراد أن يمد الحيازة إلى الحقوق الشخصية أن مشروع المادة ٩٦٤ مدنى كان يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى - وإذا ادعى الحائز أن حيازته تقوم على حق غير الملكية ، شخصياً كان أو عينياً ، اعتبرت الحيازة قرينة على وجود هذا الحق . ولكن لا يجوز للحائز أن يحتج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة مجلس الشيوخ « اكتفاء بالقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٣ - ٤٨٤) . ولاشك فى أن هذا النص ، لو استبقى ، لكان يصبح دليلاً قاطعاً على أن الحيازة ، كما تتناول الحقوق العينية ، تتناول أيضاً الحقوق الشخصية . وهو على كل حال لم يحذف إلا اكتفاء بالقواعد العامة ، فلم ترد لجنة مجلس الشيوخ بحذفه أن ترفض ماورد فيه من الأحكام .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥١ .

للعنصر المعنوي للحيازة على النحو الذي تعرفه به هذه النظرية (١) .

ثانياً - بقى المشروع التمهيدى متأثراً بالنظرية المادية فى الحيازة ، فاعتبر الحيازة لحساب الغير كحيازة المستأجر حيازة صحيحة (possession) كما تقضى بذلك النظرية المادية ، ولم يعتبرها مجرد إحراز (détention) كما تقضى بذلك النظرية الشخصية . ولم يستثن من ذلك إلا حيازة الخدم والعمال والأتباع الذين يأتمرون بأوامر مخلصهم ومتبوعهم ، فاعتبر هذه الحيازة مجرد إحراز وهذا ما تقضى به النظرية المادية فى الحيازة كما رأينا (٢) . وقد نصت المادة ١٤٠١/١ من المشروع التمهيدى ، وهى مقتبسة من المادة ٨٥٥ مدنى ألمانيا المتأثرة بالنظرية المادية على هذا الحكم فيما يأتى : « لا تدوم الحيازة حتى لو باشرها باسم الحائز شخص آخر ، وكان منه بمكان التابع بحيث يكون ملزماً أن يمثل لأوامره فيما يتعلق بالشئ أو الحق الذى ترد عليه الحيازة » . وقد أشير فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إلى المقابلة ما بين الخادم والمستأجر ، فالمستأجر بخلاف الخادم يحوز حقه الشخصى لحساب نفسه ، وقد ورد فى هذا الصدد : « ويتبين من ذلك أن المستأجر يحوز لنفسه حقه كمتأجر ، ويحوز للمالك حق الملكية » (٣) .

ثالثاً - وأبلغ أثر للنظرية المادية فى المشروع التمهيدى هو ترتيب هذا المشروع على إعتبار حيازة المستأجر حيازة صحيحة (possession) لا مجرد إحراز (détention) نتيجة المنطقية ، وهى حماية حيازة المستأجر لحقه

(١) ويقطع فى استبقاء المشروع التمهيدى لعنصر القصد فى الحيازة أن المشروع التمهيدى للمادة ٩٦٣ مدنى جرى على الوجه الآتى : « إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة شئ واحد ، اعتبر حائزاً بصفة مؤقتة من كانت له الحيازة المادية ، إلا إذا كان واضحاً أنه قد حصل على هذه الحيازة من غيره بطريقة معينة » . وهذا النص يقرر فى وضوح أن الحيازة المادية المجردة من عنصر القصد ليست إلا قرينة على الحيازة القانونية المقترنة بعنصر القصد ، فتكون الحيازة إذن مشتملة على عنصرين ، عنصر الحيازة المادية وعنصر القصد . وقد استبقى هذا النص بعد تعديلات لفظية غير ذات بال ، فى التقنين المدنى الجديد كما سئرى (أنظر مايلى ص ٨١٥ هامش ٢) ، واستبقاؤه دليل على أن الحيازة المادية فى هذا التقنين ليست إلا مجرد قرينة على الحيازة القانونية أى الحيازة المقترنة بعنصر القصد .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٦ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٥ .

الشخصي بجميع دعاوى الحيازة . فظهر بوضوح أن المشروع التمهيدى قد مد الحيازة إلى الحقوق الشخصية ولم يقصرها على الحقوق العينية ، أخذاً في ذلك بالنظرية المادية للحيازة . وقد نصت المادة ١/٧٧٤ من المشروع في هذا الخصوص على ما يأتى : « لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادى إذا صدر من أجنبي ، ما دام المتعرض لا يدعى حقاً ، وهذا دون إخلال بما للمستأجر من حق في أن يقاضى باسمه المتعرض مطالباً بالتعويض ، وبما له من حق في أن يرفع باسمه جميع دعاوى وضع اليد (١) » .

ويستخلص مما قدمناه أن المشروع التمهيدى قد مزج ما بين النظريتين الشخصية والمادية للحيازة ، فاستبقى من النظرية الشخصية العنصر المعنوى للحيازة وهو عنصر القصد أى نية استعمال حق من الحقوق ، وأخذ من النظرية المادية التوسع في نطاق الحيازة ومدّها إلى الحقوق الشخصية وعدم قصرها على الحقوق العينية . فهل بقيت الحال على ما كانت عليه في المشروع التمهيدى عندما أصبح هذا المشروع تقنيناً مدنياً وتشريعاً معمولاً به ؟ لننظر ماذا صارت إليه النصوص الثلاثة التى أسلفنا ذكرها في المشروع التمهيدى ، لئلا نرى هل بقيت على حالها في التقنين المدنى الجديد ، فنستخلص من ذلك موقف هذا التقنين من النظريتين الشخصية والمادية : .

١ - فقها يتعلق بالنص الأول (م ١٣٩٨ من المشروع التمهيدى) ، وهو النص الخاص بتعريف الحيازة ، سار النص في مراحل التشريعية حتى وصل إلى لجنة مجلس الشيوخ ، فلقى اعتراضاً « لأنه تعريف ناقص ، وينقصه ركن التملك إذ تناول الحيازة المادية فقط ، وترك الحيازة بنية التملك . وقد أشار هذا الاعتراض مناقشة طويلة ، رؤى بعدها حذف النص لأن ذلك أنسب من الوجهة التشريعية » . وقررت اللجنة حذف النص « اكتفاءً بالتعريف المقرر للحيازة في الفقه » ، وورد في تقريرها : « رأت اللجنة حذف هذه المادة لأنها تتضمن تعريفاً تغلب عليه الصبغة الفقهية » (٢) . ويخلص من ذلك أن مناقشة أعضاء اللجنة كانت تدور حول عدم ذكر العنصر المعنوى وهو نية التملك في التعريف ، إذ كان التعريف لا يذكر إلا السيطرة المادية أى العنصر

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥١٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٨ - ص ٤٤٩ في الهامش - وانظر آنفاً فقرة ٢٥١

المادى ، فكان أقرب إلى الأخذ بالنظرية المادية . ولما طالت المناقشة ، ولم يتغلب رأى على آخر ، لا رأى المتشبع بالنظرية الشخصية تشبعا تاما ولا رأى الذى يميل إلى الأخذ بالنظرية المادية ، حذف النص وترك الأمر للفقهاء يقول رأيه فيه . وعلى ذلك لا يعتبر حذف هذا النص دليلا على استبقاء النظرية الشخصية فى الحيازة ، ولا هو دليل على الأخذ بالنظرية المادية ، بل إن الأمر فى ذلك متروك للفقهاء .

٢ - وفيما يتعلق بنص المادة ١٤٠١/١ من المشروع التمهيدى ، وهو النص الخاص بحيازة الخدم والأتباع لحساب مخدوميهم ومتبوعيهم وباعتبار هذه الحيازة مجرد إحراز مادية لا حيازة بالمعنى الصحيح ، اقتصر على تعديل النص تعديلا لفظيا فى لجنة المراجعة . وفى لجنة مجلس الشيوخ تناقش الأعضاء طويلا فى ورود الحيازة على الشئ دون الحق ، فقال بعض بأن الحيازة قد ترد على الشئ دون الحق ، وقال بعض آخر بأن الحيازة فى كل صورها تكون على الحق وبأن حيازة الشئ ليست إلا حيازة حق الملكية على هذا الشئ . وقد لقي هذا رأى الأخير موافقة أغلبية اللجنة ، فحذفت كلمة « الشئ » التى تصاحب كلمة « الحق » اكتفاء بالكلمة الأخيرة (١) . ويلاحظ أن هذه هى الخطوة التى اتبعت دائما حيث ذكرت كلمة « الشئ » سابقة على كلمة « الحق » ، فإن كلمة « الشئ » تحذف لأن حيازة « الشئ » ليست إلا حيازة حق الملكية ، ولم يكن حذف كلمة « الشئ » سببه استبعاد النظرية المادية والأخذ بالنظرية الشخصية كما ذهب بعض الفقهاء (٢) ويستخلص من بقاء نص المشروع التمهيدى كما

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٣ - ص ٤٥٦ .

(٢) أنظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٧٤ - ويبدو أنه يعتقد أن النظرية المادية لا تقول بحيازة الحق وإنما تقول بحيازة الشئ ، والذى يقول بحيازة الحق هو النظرية الشخصية . فهو يقرر ، للتدليل على صحة نظره من أن التقنين المدنى الجديد لم يأخذ بالنظرية المادية لأنه جعل الحيازة فى جميع صورها لا ترد إلا على الحقوق ، ما يأتى : « وأبلغ من ذلك فى الدلالة على صحة نظرنا ، إذا احتاج النهار إلى دليل ، أن المادة ٩٥٢ التى تتكلم عن انتقال الحيازة ، أضيفت إليها فى لجنة المراجعة عبارة مؤداها أن الحيازة تنتقل بمجرد تغيير نية الحائز ، وهى : ولولم يكن هناك تسلم مادية . كما صرحت لجنة المشروع المدنى لمجلس الشيوخ على أن تحذف من مشروع هذا النص كلمة الشئ التى وردت فيه قبل كلمة الحق ، حرصاً منها على اتساق خطتها -

هو — فيما عدا بعض تعديلات لفظية — في التقنين المدني الجديد في المادة ٩٥١ منه ، أن هذا التقنين قد أخذ بالنظرية المادية فيما يتعلق بالتمييز في الحيازة لحساب الغير بين الحيازة بالمعنى الصحيح (possession) كحيازة صاحب حق الانتفاع وحيازة المستأجر ، وبين مجرد الإحراز المادي (détention) كحيازة الخدم والأتباع . ونرى من ذلك أن التقنين المدني الجديد قد بقي يحمل آثار النظرية المادية في الأخذ ببعض مبادئها .

٣ — وفيما يتعلق بنص المادة ١/٧٧٤ من المشروع التمهيدى ، وهى الخاصة بحق المستأجر وأن حيازته تحمى بجميع دعاوى الحيازة ، استبقى النص كما هو — فيما عدا بعض تعديلات لفظية أجرتها لجنة المراجعة — في التقنين المدني الجديد في المادة ١/٥٧٥ منه . ويستخلص من بقاء هذا النص في التقنين المدني الجديد أن هذا التقنين قد أخذ بأهم تطبيق عملي للنظرية المادية ، حيث أعطى للمستأجر جميع دعاوى الحيازة لحماية حيازته ، فقد بذلك الحيازة إلى الحقوق

= السابقة التى تجعل الحيازة فى كل صورها لا ترد إلا على الحقوق (محمد على عرفة ٢ فقرة ٧٤ ص ١٢٤) . والصحيح أن لجنة مجلس الشيوخ ، كما بينا فى المتن ، اعتبرت أن حيازة الشيء ليست إلا حيازة حق الملكية فى هذا الشيء ، فالحيازة إذن لا تقع على الشيء وإنما تقع على الحق . فحذفت كلمة الشيء . مكتفية بكلمة الحق لهذا السبب ، لا لأنها أرادت أن تتحاشى الأخذ بالنظرية المادية . ولا شك فى أن كلا من النظريتين الشخصية والمادية تقول بحيازة الشيء وبحيازة الحق ، لا فرق بينهما فى ذلك . والتقنينان المانيان والألماني والسويسرى ، وهما التقنينان اللذان أخذتا بالنظرية المادية فى نصوص صريحة ، كما يقولان بحيازة الشيء يقولان أيضاً بحيازة الحق . فى التقنين المدني الألمانى تجوز حيازة حق الارتفاق (م ١٠٢٩) ، كما تجوز حيازة حق الانتفاع وحق رهن الحيازة وحق المستأجر وحق المودع لديه (م ٨٦٨) . وفى التقنين المدني السويسرى تجوز حيازة حق الارتفاق وحق رهن الحيازة ، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية (م ٩٢٠) . والذى يميز بين النظرية الشخصية والنظرية المادية هو تفسير عنصر القصد أو النية . فبرزت النظرية الأولى وتشرط أن تكون نية الحائز هى أن يجوز لحساب نفسه ، فالحائز لحسب غيره هو حائز عرضى ، ولا تعتبر حيازته حيازة صحيحة بل هى مجرد إحراز مادي لا تحميه دعاوى الحيازة . أما النظرية المادية فتدمج عنصر النية فى عنصر الحيازة المادية على الوجه الذى سبق بيانه ، وتجعل حيازة الحائز لحساب غيره حيازة صحيحة تحمى دعاوى الحيازة ، ما لم يكن الحائز خادماً أو تابعاً فتجعل الحيازة الصحيحة فى هذه الحالة عند الخدم أو المتبوع . وكذلك التقنين المدني الفرنسى ، وهو التقنين الذى أخذ بالنظرية الشخصية ، يقول بحيازة الشيء وبحيازة الحق ، وقد نص على ذلك صراحة فى المادة ٢٢٢٨ منه كما هو معروف .

الشخصية ولم يقصرها على الحقوق العينية ، وقد تأثر في ذلك تأثراً ظاهراً بالنظرية المادية (١) .

ويستخلص من كل ما تقدم أن التقنين المدني الجديد ، ولو أنه أخذ من حيث المبدأ بالنظرية الشخصية فأوجب لقيام الحيازة توافر العنصر المعنوي وهو عنصر القصد أي نية استعمال حق من الحقوق (٢) ، قد تأثر تأثراً كبيراً بالنظرية المادية . فد الحيازة ، أخذاً بهذه النظرية ، إلى الحقوق الشخصية ، ولم يقصرها على الحقوق العينية كما قصرتها النظرية الشخصية . وأخذ بأهم تطبيق عملي للنظرية المادية ، إذ حمى حيازة المستأجر بجميع دعاوى الحيازة في المادة ١/٥٧٥ منه ، فأقر بذلك حيازة الشخص لحساب غيره وجعلها حماية بالمعنى الصحيح (possession) تحمي بجميع دعاوى الحيازة . وميز في الوقت ذاته ، في الحيازة لحساب الغير ، بين الحيازة بالمعنى الصحيح كحيازة المستأجر ، ومجرد الإحراز المادي (détention) كما هو الأمر في حيازة الخدم والأتباع لحساب مخدميهم ومتبوعيهم ، وذلك في المادة ٩٥١ منه ، وقد أخذ في ذلك بالنظرية المادية (٣) .

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٦ فقرة ٢٧١ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٦ وفقرة ٢٨٢ ص ٣٧٢ .
(٢) ويدل على ذلك أن المادة ٩٦٣ مدني قابلت ما بين الحيازة المشتتة على عنصر نية استعمال الحق ومجرد الحيازة المادية ، حين نصت على أنه «إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد ، اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية ، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معينة » . انظر في هذا المعنى أحمد أبو الوفا في المرافعات المدنية والتجارية ص ١٢٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٨٧ ص ٥٠١ .

(٣) وإذا كانت محكمة النقض قد قضت بأنه يجب توافر نية التملك لمن يبتنى حماية يده بدعاوى الحيازة فلا تكن حيازة عرضية ، أما ما أباحه القانون المدني في المادة ٥٧٥ للمستأجر وهو حائز عرضي من رفع دعاوى الحيازة فإنما جاء استثناء من الأصل لا تطبيقاً لمبدأ عام ، وذلك لمركز المستأجر من اعتبار خاص دون سائر الحائزين العرضيين كالحارس والمرتهن حيازياً والمودع لديه (نقض مدني ١٢ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٧٠ ص ٥١٧ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٩ ص ١٠٦) ، فإن حكمها هذا يستوقف النظر . ذلك بأن المستأجر لا تحميه دعاوى الحيازة في حق الملكية ، لأنه حائز عرضي بالنسبة إلى هذا الحق . وإنما تحميه هذه الدعاوى في حقه كمتأجر ، لأنه فيه حائز أصيل . فهو إذن لم يحى استثناء من الأصل كما تقول محكمة النقض ، بل جاء تطبيقاً للمبدأ العام الذي يقضى بحماية الحائز الأصيل دون الحائز العرضي . وكذلك يجب •

٢٦٨- انتفاء عنصر القصد في إتيانه الرخصة من المباحات وفي أعمال

التسامح نص قانوني : تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٤٩ مدني على ما يأتي :
« لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات ،
أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح » (١) .

وهذا النص يميز بين عمليتين : (١) عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات . (٢) وعمل يتحملة الغير على سبيل التسامح . ويشترك العاملان في أن كلا منهما لا تقوم به الحيازة ، وذلك لأن كلا من عنصر الحيازة المادية وعنصر القصد يتخلف في العمل الأول فلا تقوم الحيازة لتخلف عنصرها معاً ، ولأن عنصر القصد وحده يتخلف في العمل الثاني فلا تقوم الحيازة لتخلف أحد عنصرها .

والعمل الذي يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات (acte de pure faculté) هو عمل يكون للشخص الحرية التامة في أن يأتيه أولاً

— أن يعامل المرتهن حيازة ، فهو حائز عرضي بالنسبة إلى حق الملكية فلا تحمي حيازته لهذا الحق وهو حائز أصيل بالنسبة إلى حق الرهن فيحمي باعتباره حائزاً لهذا الحق .

ومهما يكن من أمر هذا الجدل ، فإن العبرة بالحلول العملية التي أوردها المشرع ، فهي التي يجب الوقوف عندها ، دون إغراق في الاهتمام بالعبارات والتقسيمات) أنظر في هذا المعنى بودوي وتيسيه فقرة ١٩٩ مكررة سادساً ص ١٦٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١/١٣٩٩ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتي : « لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على أنه رخصة ، أو عمل يتحملة الشخص على سبيل التسامح » . وفي لجنة المراجعة عدل النص تعديلاً جعله مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الملحق الجديد تحت رقم ١/١٠٢٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢١ - ١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١/٩٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٨ - ص ٤٥١) .

ولا مقابل للنص في التقنين الملحق السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين الملحق السوري م ١/٩٠٧ (مطابق) .

التقنين الملحق الليبي م ١/٩٥٣ (مطابق) .

التقنين الملحق العراقي م ٢/١١٤٥ : ولا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على أنه مجرد إباحة ، أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح منه . وكذلك لا تقوم على أعمال منقطعة . (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

يأتيه ، فاذا أتاه لم يكن لأحد أن يمنعه منه . فهو إذن في إتيانه لهذا العمل لا يتعدى على حق لأحد ، ولا يتحمل منه أحد هذا العمل على سبيل التسامح . بل إن العمل محض رخصة يأتيها ، فلا هو في إتيانها حاز حقاً لأحد ولو مجرد حيازة مادية ، ولا هو من باب أولى توافر عنده عنصر قصد استعمال حق لأحد ، ومن ثم لا تقوم الحيازة باتيان هذه الرخصة لتخلف عنصرها كما سبق القول . من ذلك أن يقيم شخص حائطاً على حدود ملكه يفصل بينه وبين جاره ويفتح في هذا الحائط منورا مستوفيا لشروطه ، فهو في فتحه للمنور إنما أتى رخصة من المباحات لم يقصد بها الاعتداء على حق لأحد ولم يقع بها فعلاً أى اعتداء على حق لأحد . فلا تقوم له حيازة في هذه الحالة ولا يكسب حقاً قبل الجار ، ويجوز للجار حتى لو بقي المنور مفتوحاً مدة خمس عشرة سنة أو أكثر أن يقيم حائطاً في حدود ملكه يسد به المنور ، ولا يجوز لصاحب المنور أن يتمسك بأنه كسب حق فتح المنور بالتقادم (١) . ومثل آخر للرخصة يأتيها الشخص فلا تقوم له حيازة ولا يكسب حقاً أن يفتح مطلاً مستوفياً لقيود المسافة ، فهو في ذلك إنما يستعمل رخصة في حدودها القانونية . ومن ثم يجوز لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطاً في حدود ملكه دون أن يبعد عن هذه الحدود بالمسافة القانونية ، لأن صاحب المثل لم يكسب حقاً قبل جاره بفتح المثل إذ هو لم يأت في ذلك إلا برخصة من المباحات (٢) . ولكن الجار لا يستطيع أن يفتح في الحائط الذي

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤٨١ ص ٧٩٠ - وانظر استئناف مصر ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٣٠ ص ١٢٧ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٢٧ ص ٣٢٢ - طنطا الكلية ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٠٣ ص ١٦٩ - نقض فرنسي ٣ مارس سنة ١٩٣١ جازيت دي باليه ١٩٣١ - ١ - ٦٥٩ - بودري وتيسيه فقرة ٢٧٧ ص ٢١٥ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٢ ص ٩٤٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المثل لا يعتبر ارتفاعاً للعقار المثل على العقار المثل عليه حتى كان مفتوحاً على المسافة القانونية ، أما فتح المثل على أقل من المسافة القانونية فهو أصلاً من التصرفات التي يملكها كل مالك في ملكه ، له نفعه وعليه خطره . ولا بد ، لاعتباره مبدأ لوضع يد على حق ارتفاع بالمثل يكسب بالتقادم ، من انتفاء مظنة العفو والفضل من جانب صاحب العقار المجاور ، وانتفاء شبهة الاقتصار في الانتفاع بالمثل على القدر الذي تركه فاتحه من ملكه بينه وبين جاره . وهذه الشبهة وتلك المظنة تتأكدان بإقامة سور فاصل بين المالكين ، ومن شأنه الحد من مجال النظر من المثل . فاذا فتح المالك في ملكه نوافذ على أقل من المسافة القانونية مع -

أقامه في حدود ملكه مطلقاً لأنه لا يكون في حدود المسافة القانونية ، وعليه إذا أراد فتح مطل في هذا الحائط أن يبتعد عن الخط الفاصل بمقدار المسافة القانونية ، أو أن يقتصر على فتح منور إذا أقام الحائط في حدود ملكه (١) .

ويلاحظ فيما قدمناه من الأمثلة على إتيان رخصة من المباحات أن الشخص يأتي رخصة ، أي يقوم بعمل إجباري ، ولكن هذا العمل لا تقوم به الحيازة ولا يكسب حقاً بالتتادم كما قدمنا . وهناك صورة عكس ذلك ، يمتنع فيها الشخص عن إتيان رخصة من المباحات ، أي يقوم بعمل سلبى . وفي هذه

= وجود سور للجاريقابلها ، فانه ، مهما يكن في هذا السور من فجوات تسمح بمد النظر على ملك الجار ، إنما يكون مخاطراً في فتحه هذه النوافذ ، من جهة قصور عمله هذا في الدلالة على معنى التعدى (empiètement) الذى هو شرط لازم لنشوء حالة وضع اليد بالمعنى القانونى على حق ارتفاق بالمطل يراد كسبه بمضى المدة على ملك للغير ، ومن جهة أخرى لوضوح الدلالة المستفادة من قيام السور على عدم تهاون صاحبه في أن تظل على ملكه تلك النوافذ وعلى احتفاظه بحقه في البناء على نهاية ملكه في كل وقت . ولا يرد على ذلك بأن صاحب السور يتراخيه في ترميمه وسد فجواته قد أسقط حقه في هذا الترميم ، وأنه مكن الجار بامتناعه عن إجرائه من كسب حق عليه ، إذ حق المالك في ترميم ملكه لا يسقط بعدم الاستعمال ، ولا يتقيد صاحبه فيه بغير اتفاق صريح (نقض مدنى ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٤ ص ١٣١) - وانظر أيضاً نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٥١ مجلة التشريع والقضاء ٥ رقم ٦٥ ص ١٣٧ - اسكندرية الكلية ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٩٦ ص ٥٩٢ - طنطا الكلية ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٠٣ ص ١٦٩ - مصر الكلية ٣٠ يونيه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٣ رقم ٣٣٧ ص ١٢٥٤ .

(١) انظر الوسيط ٨ فقرة ٤٧٨ ص ٧٨٣ - وانظر نقض مدنى ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٤ ص ١٣١ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٣٨٩ ص ٨٤١ - ولا يوجد في مصر حق مسيل بالنسبة إلى المياه التي تنحدر بفعل الطبيعة من الأراضي المرتفعة ، كياه الأمطار . فاذا تحمل صاحب الأرض المنخفضة مسيل هذه المياه على سبيل التسامح ، لم يكسب صاحب الأرض المرتفعة حق ارتفاق بالمسيل ولوبيقت المياه تسيل في الأرض المنخفضة خمس عشرة سنة أو أكثر . وإذا انتفع صاحب الأرض المنخفضة بالمياه التي تسيل في أرضه ، فإن هذا عمل يعد رخصة من المباحات يأتيها دون أن يكسب بها حقاً . فلو بقي ينتفع بهذه المياه خمس عشرة سنة أو أكثر ، وأراد صاحب الأرض المرتفعة بعد انقضاء هذه المدة أن يمنع عنه هذه المياه ، بأن يقيم مثلاً سدّاً يحول دون سيلها في الأرض المنخفضة ، فليس لصاحب الأرض المنخفضة أن يتمسك بأنه كسب حق ارتفاق لأنه ظل ينتفع بالمياه خمس عشرة سنة ، فهو في انتفاعه بهذه المياه إنما أتى كما قدمنا برخصة من المباحات لا يكسب بها حقاً (بودرى وتيسيه فقرة ٢٧٧) .

الحالة لا نكون بصدد عدم كسب حق عن طريق التقادم المكسب ، بل نكون بصدد عدم سقوط حق عن طريق التقادم المسقط . مثل ذلك أن يكون للمالك الأرض حق البناء عليها وأن يعلى بنائه كما يشاء في الحدود التي ترسمها اللوائح والقوانين ، فهذه رخصة للمالك الأرض له ألا يأتيها ، فإذا هو لم يقيم على أرضه بناء وتركها فضاء مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، فإن رخصته في البناء لا تسقط بالتقادم المسقط ، ويستطيع أن يقيم بناء على أرضه في أى وقت شاء . ولا يستطيع جاره أن يحتج بأنه بقي ينتفع بمجاورته لأرض فضاء لا تحول دون الرؤية إلى مدى واسع مدة خمس عشرة سنة ، وبأنه كسب حق ارتفاق على جاره بعدم البناء (*servitude non aedificandi, non altius tollendi*) على هذا النحو . ومثل ذلك أيضا أن لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة ، فهذه رخصة ، للجار ألا يأتيها مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، ولا تسقط رخصته في طلب وضع الحدود بانقضاء هذه المدة ، وتبقى دعوى تعيين الحدود غير قابلة للسقوط بالتقادم (١) . ومثل ذلك أخيرا أن للجار الذي لم يساهم في نفقات تعلية الحائط المشترك أن يصبح شريكا في الجزء المعلق (م ٨١٦ مدني) فهذه أيضا رخصة للجار ألا يأتيها ، فإذا هو لم يأتيها وانقضت على التعلية مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، لم تسقط رخصته في أن يطلب الاشتراك في الجزء المعلق ولو بعد انقضاء هذه المدة (٢) . ففي هذه الأمثلة وغيرها (٣) لسنا في صدد إثبات رخصة من المباحات لا تقوم به الحيازة ولا يكسب حق بالتقادم كما في الأمثلة المتقدمة ، بل نحن في صدد عدم إثبات رخصة من المباحات والرخصة إذا لم تستعمل لا تسقط بالتقادم (٤) .

(١) انظر الوسيط ٨ فقرة ٤٥٨ ص ٧٤٣ .

(٢) انظر الوسيط ٨ فقرة ٦٠٨ ص ١٠٠١ .

(٣) وذلك كحق الشريك في طلب قسمة المال الشائع فهذه رخصة ، وحق الجار في طلب حق المرور أو حق الشرب أو حق المجرى أو حق المسيل عندما تتوافر الشروط التي يتطلبها القانون فهذه كلها رخص للشخص أن يستعملها أو ألا يستعملها ، وهي لا تسقط بالتقادم إذا لم تستعمل .

(٤) بودري وتيسيه فقرة ١٦١ - فقرة ١٧٤ وفترة ٢٧٩ - فقرة ٢٨١ .

وننتقل الآن إلى الأعمال التي يتحملها الغير على سبيل التسامح (actes de simple tolérance) . وهذه الأعمال ، بخلاف إثبات الرخص من المباحات ، تتضمن حيازة مادية لحق من حقوق الغير ، ففيها إذن اعتداء على هذا الحق . ولكن صاحب الحق لا يحمل هذه الحيازة المادية على محمل الاعتداء ، بل يتحملها على سبيل التسامح . وكذلك من يقوم بهذه الحيازة المادية يتجرد من عنصر القصد ، فهو لا يقصد استعمال الحق بل يقتصر على القيام بعمل مادي رخص له فيه صاحبه ولو ترخيصا ضمنيا وتسامح معه فيه ، حفاظا منه على حسن العشرة ومراعاة لحسن الجوار . فتكون الحيازة هنا قد تجردت من أحد عنصريها وهو عنصر القصد ، فقام العنصر المادي وتخلف العنصر المعنوي ، (١) فهي إذن لا تقوم (٢) . مثل ذلك أن يختار صاحب الأرض المحبوسة ممرا له ، لا في العقار المجاور بقصد استعمال حق المرور القانوني بل في عقار آخر ، أو أن تكون الأرض غير محبوسة عن الطريق العام ولكن صاحبها يمر في أرض الجار لأن المسافة منها إلى الطريق العام أقصر وأيسر . فإذا بقي صاحب الأرض في هاتين الحالتين يمارس بشكل ظاهر حق المرور خمس عشرة سنة ، فانه يكسب بالتقادم حق ارتفاع بالمرور في الأرض التي بقي يمر فيها طول هذه المدة . وذلك مالم يثبت أن مرور صاحب الأرض كان على سبيل التسامح ولم يكن عند هذا الأخير قصد استعمال حق ارتفاع بالمرور ، فعند ذلك تكون حيازته لحق المرور حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوي وهو عنصر القصد ، فلا يكسب أي حق (٣) . ومثل ذلك أيضا أن يفتح الجار مطلا أو منورا في الحائط المشترك ،

(١) إسماعيل غانم ص ١٠٥ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كانت الأرض موضوع النزاع من أراضي المباني ، وكان مدعى وضع اليد عليها لم ينتفع بها أكثر من أنه شغلها بسيارات وحدائد وغير ذلك من أدوات ورشته الملاصقة لها ، فالانتفاع على هذه الصورة غير حائز للصفات الكافية للإعلام بنية تملكها ، إذ أنه من قبيل الأفعال التي تحمل على التسامح المتعارف بين الملاك المتجاورين فلا تكسب أحدهم حقاً قبل الآخر مهما طال الزمن عليها (استئناف مصر ٢٠ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٤ ص ٦٩) . وانظر بودري وتيسيه فقرة ٢٨٢ - بلانيول وديبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦١ ص ٩٤٠ .

(٣) نقض ملق ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٧ - الوسيط ٨ فقرة ٤٧١ ص ٧٧١ - ص ٧٧٢ . وقد جاء في المذكرات

ويبقى المظل أو المنور مفتوحا المدة اللازمة للتقادم ، فإن الجار يكسب حق ارتفاع بالمظل أو بالمنور في الحائط المشترك . وذلك ما لم يكن جاره الشريك في الحائط قد تركه يفتح المظل أو المنور على سبيل التسامح ، فعند ذلك تكون حيازة المظل أو المنور حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوي وهو عنصر القصد ، فلا يكسب الجار أي حق (١). ومثل ذلك أيضا أن يقيم الجار على حدود ملكه حائطا يفتح فيها مطلا على أرض الجار وهي أرض فضاء ، فيغلب أن يترك صاحب الأرض الفضاء جاره يفتح المظل على سبيل التسامح ، لأن فتح المظل في هذه الحالة لا يضايقه إذ أن أرضه فضاء فلا يضيقه أن يفتح جاره مطلا عليها . وعلى ذلك يكون الجار الذي فتح المظل وتسامح له جاره في ذلك لم يحز حق المظل إلا حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوي وهو عنصر القصد ، فلا يكسب حق ارتفاع بالمظل على جاره ولو بقي المظل مفتوحا مدة خمس عشرة سنة أو أكثر (٢). ومثل ذلك أخيرا أن يترك الجار مواشى جاره ترعى في أرضه على سبيل التسامح فلا يكسب الجار صاحب المواشى حق ارتفاع ويجوز منعه في أي وقت من رعى مواشيه في أرض الجار (٣) ،

= الإيضاحية المشروع التمهيدى : « ويجب أن تكون الحيازة سيطرة متعديّة ، لا مجرد رخصة ولا عملا يقبل على سبيل التسامح . فن كان يمر بأرض جاره ، وقد رخص له الجار في ذلك لا على أن له حق ارتفاع ، لا يعتبر حائزا لحق المرور (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٠) . (١) انظر الوسيط فقرة ٦٠٣ ص ٩٩٦ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ومن فتح مطلا على أرض فضاء لجاره ، فترك الجار المظل على سبيل التسامح إذ هو لا يضايقه مادامت أرضه فضاء ، لا يعتبر حائزا لحق المظل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٠) . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان يبين من الأوراق أن الطاعن تمسك في كافة مراحل التقاضى بأن المطلات المشار إليها في طعنه لا يمكن أن تكسب حق ارتفاع المظل لأنها مفتوحة على أرض فضاء ومتروكة عن طريق التسامح وأن التسامح لا يكسب حقا ، وكان هذا للدفاع من شأنه لو ثبت أن يتنبر به وجه الرأى في الدعوى ، وكان الحكم خلوا من التحدث عنه ، فإنه يكون قد شابه قصور يبطله في هذا الخصوص (نقض ملئ ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاما جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٣٥) .

(٣) أو أن تقيم البلدية في أرضه ، عند حصد المحصول ، سوقا ، فلا تكسب البلدية حق انتفاع ، لأن صاحب الأرض إنما ترك البلدية تقيم الحق على سبيل التسامح (نقض فرنسي =

أو أن يترك الجار طريقاً خاصاً لا يستعمله يمر فيه جاره على سبيل التسامح فلا يكسب هذا الجار لا حق ملكية ولا حق ارتفاق بالتقادم ، أو أن يترك الجار لجاره مخزناً مهجوراً يضع فيه أمتعته على سبيل التسامح فلا يكسب هذا الأخير ملكية المخزن بالتقادم . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت الأعمال التى قام بها الجار قد تحملها منه جاره على سبيل التسامح ، فلا تكسب هذه الأعمال لا حق ملكية ولا حق ارتفاق (١) . وقد يدق الأمر ، فيتلمس القاضى أية علامة مادية تم عن نية التسامح عند الجار ، كأن يحيط الطريق الذى يمر فيه جاره بسياج يدل على نيته فى الاحتفاظ بطريقه ، ولو فتح فى هذا السياج باباً يمر منه جاره فيكون هذا المرور على سبيل التسامح (٢) .

= ٤ يولييه سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٦ - ١ - ٣١ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٨٢ ص ٢٢٠ - بلانيول وديبير وبيكار - ٣ فقرة ٩٦١ ص ٩٤٠ .

(١) ولارقابة على محكة الموضوع فى تقريرها ، متى كان هذا التقرير مبنياً على أسباب سائفة . وقد قضت محكة النقض بأنه إذا استنتجت المحكة من علاقة الابن بأبيه أن انتفاع الأب بملك ابنه كان من قبيل التسامح ، وأن يده بناء على ذلك يد عارضة لا تكسب الملكية بمضى المدة ، فلا رقابة عليها لمحكة النقض ، لكون ذلك من التقديرات الموضوعية التى لاشأن لمحكة النقض بها . مادامت مبنية على ما يسوغها (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٥ ص ٥٣١) . وقضت أيضاً بأنه إذا استنتجت المحكة من الوقائع أن انتفاع واضع اليد إنما كان حينئذ التسامح الذى يحدث بين الجيران ، فذلك لا يخرج عن حدود سلطتها ، ولارقابة عليها فيه لمحكة النقض (نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٦ رقم ٣) . ويلاحظ أن الحوار فى ذاته سبب سائغ لتسامح الجار مع جاره ولولم نقل بأن أعمال التسامح لا تجعل الجار حقاً ، لتشدد كل جار مع جاره ، ولمنع من إثبات أعمال فى ملكه لا ضرر عليه منها ، خشية أن يكسب الجار حقاً على ملك جاره (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦١ ص ٩٤١) .

والرأى الراجح أن التسامح لا يعتد به إلا بالنسبة إلى الشخص الذى صدر منه التسامح ، فإذا باشر شخص حق ارتفاق على أرض جاره عن طريق تسامح الجار ، فحق الارتفاق لا ينفذ فى حق هذا الجار ، ولكنه ينفذ فى حق الغير (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣١ وهامش ١٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦١ ص ٩٤١ - نقض فرنسى ٦ مارس سنة ١٨٥٥ سيريه ٥٥ - ١ - ٥٠٧ - ٢٥ يولييه سنة ١٨٨٧ سيريه ٩٠ - ١ - ٣٩٩ - وانظر عكس ذلك حوار فقرة ٤٩٢ - لوران ٣٢ فقرة ٢٩٧ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٨٤) .

(٢) نقض فرنسى ١٢ فبراير سنة ١٨٨٩ دالوز ٨٩ - ١ - ٢٢٩ - ١٨ مايو سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٢٩٧ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٨٥ ص ٢٢١ .

ويجوز أن تنقلب الأعمال التي يستعمل الشخص بواسطتها رخصة من المباحات ، أو التي يقوم بها على سبيل التسامح من الجار ، إلى أعمال حيازة صحيحة تتوافر فيها عناصر الحيازة المادية والمعنوية . فتتغير صفة هذه الأعمال ، وبعد أن كانت أعمالاً لا تقوم بها الحيازة ، تصبح أعمالاً تتم بها الحيازة وتنتج آثارها . ويتحقق ذلك بأن يأتي الجار الذي يستعمل الرخصة أو يقوم بأعمال التسامح بعمل مادي يعتبر معارضة لحق المالك ، ويشعره بأنه إنما يجوز حقا وأنه يقصد استعماله ، فتصبح حيازته لهذا الحق حيازة صحيحة قد توافر فيها العناصر المادية والعنصر المعنوي ، وتنتج آثارها القانونية . فيعمد مثلاً صاحب الأرض المنخفضة الذي يتلقى ماء المطر من الأرض المرتفعة ويباشِر رخصة الانتفاع بها إلى وضع مواسير في الأرض المرتفعة تنتقل منها المياه إليه ، فيدل بذلك على نيته أنه لا يباشِر رخصة وإنما يستعمل حقا ، وتصبح حيازته حيازة صحيحة كاملة ، وإذا استمر هذا الوضع مدة خمس عشرة سنة فإنه يكسب حق ارتفاق على الأرض المرتفعة . أو يعمد الجار الذي يمر في أرض جاره على سبيل التسامح إلى ترصيف الطريق الذي يمر فيه أو إلى تعبيده إذا لم يكن معبداً ، وإلى إحاطته بسياج ليختص به وحده ، مما يقطع في أن نيته قد تحولت من القيام بعمل على سبيل التسامح إلى القيام بعمل من أعمال الحيازة الصحيحة الكاملة التي توافر فيها عناصرها المادية وعناصرها المعنوية ، فإذا استمر الوضع على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة دون معارضة من الجار ، فإن الحيازة تنتج أثرها ويكسب الحائز حق ارتفاق بالمرور في الطريق أو حق ملكية الطريق ذاتها بحسب الأحوال . ولهذا نظير في الحيازة العرضية ، فسرى أن هذه الحيازة تنقلب إلى حيازة صحيحة غير عرضية إذا تغيرت صفة الحيازة بفعل يعتبر معارضة لحق المالك (م ٩٧٢ / ٢ مدني) (١) .

٢٦٩ - عنصر النقص يجب أنه يوجد عند الحائز شخصياً فهو تجوز

الزيادة فيه إلا إذا كان الحائز عديم التمييز - نص قانوني : تنص المادة ٩٥٠ مدني على ما يأتي :

(١) انظر مايل فقرة ٢٧٢ - وانظر بودري وتيسيه فقرة ٢٨٦ - بلانيول وريبير

وبيكار ٣ فقرة ٩٦١ ص ٩٤١ .

« يجوز لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية » (١) .

وقد قدمنا (٢) أن العنصر المادي للحيازة، أي السيطرة المادية، تجوز مباشرتها بواسطة الغير، كالحادم والتابع والحائز العرضي. أما العنصر المعنوي للحيازة وهو عنصر القصد، فهو بخلاف العنصر المادي لا تجوز مباشرته بالواسطة، بل يجب أن يكون موجوداً عند الحائز نفسه شخصياً. فلا يجوز أن يكون عنصر القصد عند غير الحائز، ولا يصح أن يجوز شخص حقاً ويكون قصد استعمال هذا الحق موجوداً عند غيره، لأن القصد أمر شخصي فلا بد أن يوجد عند شخص الحائز. ومع ذلك إذا كان الحائز عديم التمييز (٣)، كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه غير المميز، فإن إرادته تكون معدومة، فيستحيل أن يتوافر عنده

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة، بعد تعديل لفظي، تحت رقم ١٠٢٥ في المشروع النهائي وأعادته مجلس النواب إلى ما كان عليه في المشروع التمهيدي. تحت رقم ١٠٢٢، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٢ - ص ٤٥٣).

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق.

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٠٨ (مطابق).

التقنين المدني الليبي م ٩٥٤ (مطابق).

التقنين المدني العراقي لا مقابل.

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١.

(٣) أما إذا كان الحائز مميزاً، كالصبي المميز والمجنون عليه لسهه، فإنه يجوز أن يتوافر عنده شخصياً عنصر القصد، إذ لا يشترط في توافر عنصر القصد كمال الأهلية، بل يكفي التمييز (استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٧٢ ص ٤٥٧). لأن الحيازة واقعة مادية وليست تصرفاً قانونياً حتى تشترط الأهلية (محمد كامل مرسي ٤ فقرة ١١ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٨٠ ص ١٤٠). وعنصر القصد، أي نية التملك، من مسائل الواقع، ولمحكمة الموضوع السلطة التامة في التعرف على نية واضح اليد من جميع عناصر الدعوى، وقضاؤها في ذلك لا يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض، مادامت هذه العناصر مدونة في حكمها وتفيد تلك النتيجة التي استفادتها (نقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٦ رقم ٩).

عنصر القصد ، إذ أن هذا العنصر يفترض وجود الإرادة . ومن ثم تقضى
الضرورة هنا أن يكون عنصر القصد موجودا عند من ينوب نيابة قانونية عن
عديم التمييز ، من ولى أو وصى أو قيم . فيحوز عديم التمييز الحق ، وينوب عنه
نائبه فى كل من عنصرى الحيازة ، العنصر المادى والعنصر المعنوى ، ذلك لأن
العنصر المادى أى السيطرة المادية لا تتحقق إلا عن طريق أعمال إرادية ، وعديم
التمييز لا إرادة له ، فهو غير قادر على السيطرة المادية وهى العنصر المادى ،
كما هو غير قادر على عنصر القصد وهو العنصر المعنوى ، فينوب عنه نائبه
فى كل من العنصرين (١) .

٢٧٠ - **الحيازة العرضية أو الحيازة لحساب الغير** : والحيازة العرضية
(possession précaire) ليست حيازة صحيحة ، لأن من يحوز الحق
حيازة عرضية لا يحوزه لحساب نفسه ، بل يحوزه لحساب غيره . فعنصر
القصد ، أى قصد الشخص استعمال الحق لحساب نفسه ، غير موجود عند
الحائز العرضى ، بل هو موجود عند الغير الذى يستعمل الحق باسمه . فهذا
الغير هو الحائز ، يباشر عنصر القصد أصيلا عن نفسه ، ويباشر عنصر السيطرة
المادية بواسطة الحائز العرضى . فمالك الشئ مثلا يحوزه عادة ، أى يجمع بين
عنصرى الحيازة ، فيسيطر على الشئ سيطرة مادية بقصد استعمال حق الملكية
فيه لحساب نفسه . وقد ينقل السيطرة المادية على الشئ لحائز عرضى ، كتابع
أو وكيل أو صاحب حق انتفاع أو دائن مرتهن رهن حيازة أو مستأجر أو
مستعير أو مودع عنه . ويبقى محتفظا بعنصر القصد ، أى قصد استعمال حق
الملكية ، ولكن عنصر السيطرة المادية ينتقل إلى الحائز العرضى ، فيكون المالك
حائزا للشئ بواسطة الحائز العرضى (corpore alieno) . والذى يميز
الحائز العرضى أن حيازته للشئ حيازة مادية محضة ، وأنه يحوزه لحساب غيره ،
وأنه يلتزم برده للمالك . وهذا الالتزام بالرد (obligation de restitution)

(١) انظر آنفاً ص ٨٠٦ - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٩ -
كولان وكايتان ودى لاموراندبير ١ فقرة ١١٦٢ ص ٩٤٦ - مازو فقرة ١٤٣١ مارتى
ورينو فقرة ١٨ ص ٢٦ - حى كيرة ص ٩٤ .

هو الذى يحدد مركز الحائز العرضى ، وهو الذى يجعل حيازته حيازة مادية محضية (détention) أى حيازة عرضية . فالحائز العرضى (prossesseur) (précaire) إذن هو كل شخص انتقلت إليه من الحائز السيطرة المادية على الشيء يباشرها باسم الحائز ولحسابه ، وذلك بموجب عقد كما هى الحال فى التابع والوكيل والمستأجر والمستعير وصاحب حق الانتفاع والمرتهن رهن حيازة وغيرهم ممن يرتبطون بعقد مع الحائز ، أو بحكم القضاء أو القانون لتأدية مهمة معينة كما هى الحال فى الحارس والسنديك ومصنف التركة ومصنف الشركة بعد حلها والوصى والقيم والوكيل عن الغائب . وينشأ الالتزام بالرد من العقد أو من القانون بحسب الأحوال (١) . والحائزون العرضيون فريقان :

(الفريق الأول) الحائزون العرضيون الذين يتزلون من الحائز الأصيل منزلة التابع من المتبوع ، فيأتمرون بأوامره ويلتزمون تعليماته وليست لهم أية حرية فى التصرف . وقد قدمنا (٢) أن المادة ٩٥١ مدنى ، وتنص الفقرة الأولى منها على أن « تصح الحيازة بالوساطة ، متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز ، وكان متصلا به اتصالا يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة » ، مقصورة على هؤلاء . ورأينا (٣) أن هذا الفريق الأول يشمل الخدم والعمال والمستخدمين وسائر الأتباع كالطاهى والسائق وناظر الزراعة ، والوكيل مادام يعمل باسم الموكل ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بحيازة الشيء الذى اشتراه فى حدود الوكالة (٤) ، والولى والوصى والقيم إذا كان القاصر أو المحجور عليه مميزا ، والمدير أو المفوض من الشخص المعنوى فى حيازة ماله ، وبوجه عام كل شخص يباشر

(١) فالحيازة العرضية إذن هى مركز يتفق مع القانون ، بخلاف الحيازة غير العرضية فإنها مركز قد يتفق مع القانون كما فى حيازة المالك لما يملكه ، وقد يخالفه كما فى حيازة اللص للشيء الذى يسرقه وحيازة المقتصب للشيء الذى يختص به . والحائز العرضى إنما يحوز الشيء حيازة مادية بناء على سند قانونى صحيح ، إما لأنه تعاقد مع الحائز ، أو لأن القانون يفرض عليه مهمة معينة تستوجب انتقال الحيازة المادية إليه . ولكن هذا السند القانونى الصحيح هو نفسه الذى يجعل الحيازة حيازة عرضية ، لأنه يتضمن اعتراف الحائز العرضى بأنه يحوز الشيء لحساب غيره وبأنه ملتزم برده لهذا الغير (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٠) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١ .

(٤) أنظر نقض مدنى ٦ يونيه سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١١١ ص ٧٩٢ .

السيطرة المادية على الشيء لحساب غيره ويكون تابعا ياتمر في هذه السيطرة بأوامر من يباشرها لحسابه .

(والفريق الثاني) الحائزون العرضيون الذين يحوزون لحساب غيرهم ، ولكنهم لا يعتبرون أتباعا للحائز الأصلي بل يبقى لهم شيء من حرية التصرف في حيازتهم . ويدخل ضمن هؤلاء صاحب حق الانتفاع أو حق الاستعمال أو حق السكنى ، وصاحب حق الحكر ، والدائن المرتهن رهن حيازة ، والمستأجر والمزارع ، والمستعير ، والحارس والمودع عنده (١) . فهؤلاء يتفقون مع الفريق الأول في أنهم مثله يحوزون لحساب غيرهم ، فهم جميعا حائزون عرضيون (٢) . ولكنهم يختلفون عن الفريق الأول في أنهم لا يقتصرون

(١) أما البائع الذي لم يسلم المبيع إلى المشتري واستبقاه في حيازته ، وعارض حق المشتري معارضة يستخلص منها أنه قصد استبقاء الحيازة لحساب نفسه ، فإنه لا يعتبر حائزاً عرضياً بل حائزاً أصيلاً ، ويجوز أن يتلك المبيع بالتقادم الطويل . ولا يمنعه من ذلك ضمانه للعرض إذا سقطت دعوى الضمان بالتقادم . انظر في هذه المسألة الوسيط ٤ فقرة ٣٣١ . وقد قضت محكمة النقض بأن التزام البائع بضمان عدم التعرض للالتزام أبدي يتولد من عقد البيع ولولم يشهر ، فيمتنع على البائع التعرض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان يحرم عليه التعرض . وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته ، فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع ، إلا إذا توافرت لديهم أولدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية (نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧ ص ١٢٣) . وانظر أيضاً نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ ص ٦٩ - ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٢ رقم ٢٨٥ ص ١١٢١ - ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٩٥ ص ٦١٤ - ٢١ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ٣٥٥ - ٢٨ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ٣٩٨ - استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٢ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ١٤ - أول يونيو سنة ١٩٤٣ م ١٥ ص ١٧٢ - وانظر من هذا الرأي في الفقه : لوران ٣٢ فقرة ٣١٤ - هيك ١٤ فقرة ٣٧٣ - بودري وتيسيه فقرة ٣٠٦ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٤٣ - حسن كيرة ص ٩٥ - وانظر من الرأي العكسي : كولان وكايتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ٥٦٧ - الحلال وحامد زكي في البيع فقرة ٣٤١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٥٣ ص ٥٤٠ هامش ٣ .

(٢) ولكن يشترط أن يكون الحائز العرضي حائزاً فعلاً للحق وله السيطرة المادية عليه ، فلا يكفي مثلاً صدور عقد إيجار للمستأجر لعله حائزاً عرضياً إذا كان لم يستول فعلاً على العين المؤجرة . وقد قضت محكمة النقض بأن تأجير ناظر الوقف للأطيان المملوكة للوقف =

على حيازة الشيء مجرد حيازة مادية (*détention*) ، بل هم يجمعون إلى هذه الحيازة المادية حيازة صحيحة كاملة (*possession*) لحق عيني أو حق شخصي يحوزونه لحساب أنفسهم . ويتوافر عندهم بالنسبة إلى هذا الحق عنصراً الحيازة ، السيطرة المادية وقصد استعمال الحق لحساب أنفسهم ، فهم إذن لا يعتبرون حائزين عرضيين لهذا الحق ، بل هم حائزون أصليون . ويصدق هذا على الأقل على صاحب حق الانتفاع وصاحب حق الاستعمال وصاحب حق السكنى ، وصاحب حق الحكر ، والدائن المرتهن رهن حيازة ، والمستأجر والمزارع . فكل من هؤلاء يعتبر حائزاً عرضياً للشيء بالنسبة إلى حق الملكية فيه ، إذ يحوز هذا الحق لحساب المالك لا لحساب نفسه ، ولا يباشر فيه إلا السيطرة المادية نيابة عن المالك (١) . والحائز لحق الملكية هو المالك وحده ، فهو الذى يوجد عنده عنصر القصد ، ويباشر السيطرة المادية بوساطتهم (٢) . أما بالنسبة إلى الحق العيني من حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى أو حق حكر أو حق رهن حيازي ، أو بالنسبة إلى الحق الشخصى من حق المستأجر

= هو عمل من الأعمال القانونية، وهو لا يكتفى لتوافر الركن المادى لحيازة الجزء المتنازع عليه من هذه الأطنان ، بل يجب لتوافره وضع اليد الفعل على هذا الجزء . فإذا كان الثابت من تقرير الخبير على ما جاء بأسباب الحكم أن شخصاً آخر غير مستأجر تلك الأطنان هو واضع اليد مادياً على الجزء المتنازع عليه ، وأنه لم يكن يدفع عنه إيجاراً لناظر الوقف ولا للمستأجر منه ، فإن القول بأن ناظر الوقف كان يضع يده على هذا الجزء لمجرد أنه يدخل فيما كان يؤجره للغير دون التثبت من وضع اليد الفعل هو استدلال غير سائغ قانوناً ، إذ العبرة بوضع اليد الفعل لا بمجرد تصرف قانونى قد يطابق أو لا يطابق الحقيقة (نقض مدنى ١٤ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٢٢٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حيازة النائب تعتبر حيازة للأصيل ، فلهذا أن يستند إليها عند الحاجة . وإذن ففى ثبتت الحيازة للمستأجر فى مواجهة المتعرضين له ، وردت إليه بحكم نهائى ، فإن المؤجر يعتبر مستمراً فى وضع يده مدة الحيازة التى لمستأجره (نقض مدنى ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٧ رقم ١٠) .

(٢) والمالك وحده هو الذى تتحقق فى شخصه آثار حيازة حق الملكية ، فيستطيع أن يلجأ فى حماية هذه الحيازة إلى جميع دعاوى الحيازة ، ويتم التقادم لمصلحته إذا كان من شأن هذه الحيازة أن تؤدى إلى التقادم (بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٦٢) .

أو حق المزارع ، فإن كلا منهم يحوز الحق الذى يباشره لحساب نفسه لا لحساب المالك ، ويجمع فيه بين عنصرى الحيازة عنصر السيطرة المادية وعنصر القصد ، فيعتبر حائزاً حيازة صحيحة كاملة لهذا الحق ، ويستطيع أن يلجأ فى حماية حيازته هذه إلى جميع دعاوى الحيازة . بل إن الحيازة بالنسبة إلى هذا الحق تنتج آثارها كاملة ، فيجوز لمن يحوز حقاً عينياً منهم أن يملك هذا الحق بالتقادم ، كما يجوز أن يملك الحق العيني العقارى بالتقادم القصير إذا كان حسن النية ، وإذا كان الحق العيني منقولاً تملكه بالحيازة المقرنة بحسن النية (١) .

ولما كنا هنا فى صدد الحيازة العرضية ، فتقتصر عليها لبنين أحكامها ، ويستوى فى هذه الأحكام الفريقان الأول والثانى السابق ذكرهما . وترك جانباً الحيازة الأصلية لصاحب حق الانتفاع وغيره من أصحاب الحقوق العينية . والحيازة الأصلية للمستأجر والمزارع فيما يتعلق بالحق العيني أو الحق الشخصى الذى يباشره كل منهم ، فهذه الحيازة الأصلية تسرى عليها أحكام الحيازة . شأنها فى ذلك شأن كل حيازة أصلية أخرى (٢) .

٢٧١- أخطاء الحيازة العرضية : والحائز العرضى ، أى الحائز لحساب غيره أياً كان ، لا يستطيع أن يتمسك بهذه الحيازة العرضية لكسب حق بالتقادم (٣) ، أو لحماية هذه الحيازة بدعوى من دعاوى الحيازة . وهو لا يستطيع ذلك إلا باسم الحائز الأصيل ، إذ أنه يحوز لحسابه . فالمستأجر مثلاً لا يكسب حق الملكية على العين المؤجرة بالتقادم ، مهما طالت مدة حيازته للعين . وإنما يستطيع أن يتمسك باسم المؤجر بحيازته للعين المؤجرة ، كأن يكون (١) بودرى وتيسيه فقرة ٣٠٤ - فقرة ٣٠٤ مكررة - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٦١ ص ١٧٧ هامش ٣ - كولان وكايتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٦٤ ص ٩٤٩ .

(٢) أنظر فى حيازة المستأجر لحقه الشخصى كستأجر حيازة أصلية وحماية هذه الحيازة بجميع دعاوى وضع اليد : الوسيط فى الإيجار ٦ فقرة ٢٧١ وفقرة ٢٨٢ .
(٣) أنظر فى حيازة الوكيل العرضية وكونها لا تؤدى إلى التملك بالتقادم : نقض مدنى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٩ رقم ٢٦ - وتنص المادة ٢٥٨ / ٢ من قانون الملكية العقارية اللبناني على ما يأتى : ولا يجوز للمزارع ولا للمستغل ولا للوديع ولا للمستفيد ولا للورثتهم أن يدعوا بمرور الزمن .

المؤجر غير مالك للعين ويكون قد وضع يده عليها مدة اثنتى عشرة سنة مثلاً ، ثم أجرها وحازها المستأجر مدة ثلاث سنوات أخرى ، فيعتبر المؤجر قد حاز العين بواسطة المستأجر هذه المدة الأخيرة ، فيكون قد أكمل مدة التقادم لكسب ملكية العين . وكذلك لا يستطيع المستأجر أن يحمي حيازته لحق ملكية العين المؤجرة بدعوى الحيازة ، لأن هذه الحيازة حيازة مادية محضة وهى لحساب المؤجر ، فاذا لجأ مثلاً إلى دعوى منع التعرض فيما يتعلق بالملكية لم يستطع اللجوء إليها إلا باسم المؤجر . وهذا لا يمنع من أن يلجأ إلى جميع دعاوى الحيازة فيما يتعلق بحيازته لحقه الشخصى كمستأجر ، ويرفع هذه الدعاوى أصالة عن نفسه لا باسم المؤجر ، فقد قدمنا أنه إذا كان يعتبر حائزاً عرضياً بالنسبة إلى حق الملكية فانه يعتبر حائزاً أصيلاً بالنسبة إلى حقه كمستأجر .

وعلى ذلك لا يستطيع الحائز العرضى أن يحمي باسمه حيازته العرضية كما قدمنا . وهذا لا يمنع من أن يلجأ إلى الوسائل التى ينحوها إياه القانون لحماية نفسه ولدفع الاعتداء عنه . فيستطيع مثلاً إذا انتزع منه الشئ عنوة وجبراً أن يسترده بدعوى استرداد الحيازة ، وهذه هى دعوى الحيازة الوحيدة التى يستطيع الحائز العرضى أن يرفعها باسمه ، وذلك لحرص القانون على أن يحافظ على الأمن العام . ويستطيع الحائز العرضى أن يستبقى حيازة الشئ حتى يستوفى ماله من حقوق فى ذمة الغير بسبب هذه الحيازة ، ولكن ذلك لا يرجع إلى أن القانون يحميه فى حيازته العرضية ، بل يرجع إلى ماخوله إياه القانون من الحق فى حبس العين حتى يستوفى ماله من الحقوق (١) .

ولا يستطيع الحائز العرضى أن يكسب بحيازته العرضية حق ملكية العين بالتقادم . فالمرتهن رهن حيازة لا يستطيع أن يكسب ملكية العين المرهونة بالتقادم ، مهما طال الزمن الذى تبقى فيه العين فى يده ولوزاد على خمس عشرة سنة (٢) . ويستوى فى ذلك أن يكون المالك للعين هو المدين الراهن ، أو كانت

(١) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٦٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن الإقرار بالاستحكار مانع من تملك الأرض المحكرة مهما طال مدة سكوت المحكر عن المطالبة بالحكر السنوى (نقض ملئ ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٨ رقم ١٨ - ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٧ رقم ١٧ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٨ رقم ١٩ - أول مارس سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢١) .

العين مملوكة لغيره . فاذا كان المالك هو المدين الراهن ، وبقيت العين في يد الدائن المرتهن رهن حيازة مدة خمس عشرة سنة أو أكثر سواء استوفى الدائن حقه أو لم يستوفه ، فان الدائن لا يملك العين بالتقادم ضد المدين مالك العين ، وذلك طوال المدة التي تبقى فيها حيازة الدائن حيازة عرضية ولم تتغير صفتها فتحويل إلى حيازة أصيلة على الوجه المقرر في القانون والذي سيأتي بيانه (١) . وتبقى حيازة الدائن للعين حيازة عرضية لا يكسب بها ملكية العين بالتقادم ، حتى لو سقط التزامه برد العين إلى المدين الراهن بالتقادم المسقط بعد استيفائه الدين . فسقوط الالتزام بالرد بالتقادم المسقط لا يمنع من أن تبقى الحيازة حيازة عرضية لا تصلح لكسب الملكية بالتقادم المكسب ، وإذا كان المدين الراهن لا يستطيع بعد تمام التقادم المسقط أن يرفع على الدائن دعوى الاسترداد الشخصية ، فان ذلك لا يمنعه من رفع دعوى الاستحقاق العينية إذ أن الدائن لم يكسب ملكية العين بحيازته العرضية (٢) . وإذا كانت العين المرهونة رهن حيازة مملوكة لغير المدين الراهن ، فان الدائن لا يستطيع أيضاً بحيازته العرضية أن يكسب ملكية العين بالتقادم ضد مالكيها الحقيقي ، ويستطيع هذا الأخير أن يسترد العين من الدائن بدعوى الاستحقاق بعد إدخال المدين في الدعوى . ولكن يجوز للدائن أن يكسب حق الرهن لا حق الملكية ، لأنه يجوز الحق الأول لحساب نفسه فهو أصيل في حيازته إياه كما قدمنا . فاذا كان حسن النية وارتهن

(١) أنظر مايل فقرة ٢٧٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن حيازة الدائن المرتهن للعين المرهونة هي حيازة عارضة لا تنتقل بها الملكية مهما طال الزمن (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢٢) . وقضت أيضاً بأنه متى كان عقد البيع يمتد رهنًا ، فإن بطلانه ، سواء باعتباره بيعاً أورهنًا ، لا يغير من حقيقة الواقع في شأنه ، وهو أن نية الطرفين فيه قد انصرفت إلى الرهن لا إلى البيع . ومن ثم فإن وضع يد المرتهن لا يكون بنية التملك ، بل يعتبر عارضاً ، فلا يكسبه الملك مهما طال عليه الزمن (نقض مدني ١٧ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢٣ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢٤) . وانظر أيضاً في نفس المعنى نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢٥ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٥٤٥ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٦٢٠ وانظر بودري وتيسيه فقرة ٣٢٥ .

العين من غير مالك ، فانه يكسب حق الرهن بمجرد الحيازة في المنقول ، ونخمس سنوات وهى مدة التقادم القصير في العقار . أما إذا لم يكن حسن النية وارث العين من غير مالك ، فلا يملك حق الرهن ، سواء في العقار أو في المنقول ، إلا بالتقادم الطويل أى بخمس عشرة سنة .

وتبقى الحيازة العرضية على صفتها هذه مهما طال ، فلا تحمى بدعاوى الحيازة ولا تكسب الملكية بالتقادم على النحو الذى قدمناه . وتنتقل من الحائز العرضى إلى وارثه حيازة عرضية كما كانت عند المورث ، وهكذا تنتقل من وارث إلى وارث دون أن تتغير صفتها . فلو أن حائزاً عرضياً ، كمودع عنده أو حارس ، بقى واضعاً يده على العين المودعة أو الموضوعة تحت الحراسة مدة طويلة ، ثم خلفه عليها وارثه ثم وارث وارثه ، وبقيت الورثة واضعين اليد على العين مدداً طويلة أخرى (١) ، ولو بلغت هذه المدد مائة عام أو أكثر ، فإن أحداً منهم لا يكسب ملكية العين بالتقادم ، لأن كلا منهم حيازته عرضية (٢) .

(١) وقد قضى بأنه إذا كان الطاعن قد دفع الدعوى بادعائه ملكية المنزل المطلوب تقديم الحساب عنه بمقولة إنه وضع يده عليه هو ومورثه من قبله المدة الطويلة المكتسبة للملكية ، فرفض الحكم المطعون فيه هذا الدفع استناداً إلى أن حيازة الطاعن للمنزل هو ومورثه كانت حيازة عارضة (كان المورث دائماً مرتبهاً) لا تنتقل بها الملكية مهما طال الزمن ، فإن هذا الذى أقام عليه الحكم قضاءه هو تقدير سليم لا يخالفه فيه للقانون (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٩ ص ٣١٥) . وانظر أيضاً فى نفس المعنى نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٧ رقم ١١ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٩٥ ص ٩١٢ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٧٥ ص ٥٤٥ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٧٩ ص ٦٢٠ - ١٠ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٧ ص ٨٤ - وانظر بودرى وتيسيه فقرة ٣١٤ وفقرة ٣٢٢ وفقرة ٣٢٤ ص ٢٥٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٥٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة التى تقرها المادة ٧٩ مدنى (قديم) صريحة فى أنه لا سبيل لمن وضع يده بسبب وقتى معلوم غير أسباب التملك المعروفة إلى أن يكسب لا هو ولا ورثته الملك بوضع اليد ، مهما تسلسل التوريث وطال الزمن . وحكم المادة ٧٩ مدنى (قديم) يسرى على الواقف المستحق للوقف وعلى الناظر عليه وعلى ورثته من بعده ، مهما تسلسل توريثهم وطال وضع يدهم ، ولا يستطيع أيهم أن يمتلك العين بالمدة الطويلة إلا بعد أن يغير صفة وضع يده (نقض مدنى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٧ رقم ١٦) . وانظر أيضاً : نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٧ رقم ١٢ - استئناف مصر ٣١ مايو سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٤٥٧ ص ١٠٤٥ .

ويستوى في ذلك أن يكون الوارث حسن النية أو سيء النية ، كما يستوى إذا كان سيء النية أن يستبقى صفة مورثه أو أن يضع يده كما لك ، فما دامت حيازة مورثه حيازة عرضية ، ولم يغير هو صفة هذه الحيازة بأن يحولها إلى حيازة أصيلة على الوجه الذي قرره القانون ، فإن حيازته تبقى كحيازة مورثه حيازة عرضية ليس من شأنها أن تكسب ملكية العين بالتقادم . أما إذا نقل الحائز العرضي ملكية العين إلى خلف خاص بتصرف ناقل للملكية ، معاوضة أو تبرعا ، فإن الخلف الخاص لا تكون حيازته حيازة عرضية ، بل تكون حيازة أصيلة تجوز حمايتها بدعوى الحيازة وتصلح لكسب الملكية بالتقادم . ذلك لأن الخلف الخاص يبتدىء حيازة جديدة توافرت فيها عنصرا الحيازة من قصد وسيطرة مادية ، أما الخلف العام فتنتقل إليه حيازة مورثه ذاتها فتبقى عرضية كما كانت عند مورثه (١) . ويستوى أن يكون الخلف الخاص حسن النية أو سيء النية ، فلو كان يعلم حقيقة حيازة سلفه وأنها حيازة عرضية ، فإن ذلك لا يمنع من أن تكون حيازته هو حيازة أصيلة مادام سلفه قد تعامل معه لا على أنه حائز عرضي بل على أنه مالك (٢) .

وقد قدمنا (٣) إن الفقرة الثانية من المادة ٩٥١ مدني تنص على ما يأتي : « وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه ، فإن كانت استمرارا لحيازة سلفه افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها . ونرى من ذلك أن القانون قد وضع قرائن قانونية تذلل كثيرا من الصعاب التي تحوط بالحيازة العرضية ، وكيف تثبت هذه الحيازة . وقد قررنا في هذا الصدد (٤) أن الحيازة العرضية لا تفترض ، بل يفترض في الحائز أنه يحوز لحساب نفسه حيازة أصيلة لا حيازة عرضية . وعلى من يدعى العكس ، ويتمسك بأن الحائز ليس إلا حائزا عرضيا يحوز لحساب غيره فلا يستطيع مثلا أن يملك بالتقادم ،

(١) بودري وتيسيه فقرة ٣١٧ - فقرة ٣١٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٤ .

(٢) أنظر في هذا المعنى بودري وتيسيه فقرة ٣١٩ - وانظر عكس ذلك نقض فرنسي

٨ نوفمبر سنة ١٨٨٠ دالوز ٨١ - ١ - ٢٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٤ ص ١٧٩ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١ .

أن يثبت ذلك فهو الذى يحمل عبء الإثبات (١) . فإذا ما ثبت أن الحيازة حيازة عرضية وأن الحائز إنما يحوز لحساب غيره ، فإنه يفترض أنه قد بقي حائزاً عرضياً على ما كان عليه ولم تتغير صفة حيازته ، إلى أن يثبت هو أن صفة حيازته قد تغيرت وأن هذه الحيازة قد تحولت إلى حيازة أصيلة (٢) . فننظر الآن كيف تتغير صفة الحيازة ، فتتحول من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة .

٢٧٢- تغير صفة الحيازة العرضية وتحولها إلى حيازة أصيلة - نص قانونى :-

تنص المادة ٩٧٢ مدنى على ما يأتى :

- ١ - ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده . فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذى تقوم عليه هذه الحيازة .
- ٢ - ولكن يستطيع أن يكسب بالتقادم إذا تغيرت صفة حيازته ، إما بفعل الغير وإما بفعل منه يعتبر معارضة لحق المالك . ولكن فى هذه الحالة لا يبدأ سريان التقادم إلا من تاريخ هذا التغير « (٣) .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٧٠ .

(٢) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٦٨ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٧ فى المشروع النهائى ، بعد إدخال تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً كل المطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٢ - ص ٥٠٣) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ١٠٦ / ٧٩ : لا تثبت ملكية العقار والحقوق العينية بمضى المدة الطويلة لمن كان واضعاً يده عليها بسبب معلوم غير أسباب التملك ، سواء كان السبب مبتدأ منه أو سابقاً من آلت منه إليه . وعلى ذلك فلا تحصل الملكية بوضع اليد للمستأجر والمتفع والمودع عنده والمستعير ، ولأورثتهم من بعدهم .

(والنص يتفق فى حكمه مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩٢١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٧٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٦٠ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٦١ : لا يكتسب شخص بمرور الزمن حقاً عينياً ضد

سنده الشخصى أو ضد سند مورثيه .

(والنص موافق فى حكمه لحكم التقنين المصرى) .

ويخلص من هذا النص أن الحائز العرضي يبقى حائزا عرضيا كما قدمنا مهما طال الزمن على حيازته . فلا يستطيع أن يغير صفة حيازته هذه بمجرد تغيير نيته ، كأن يعلن المستأجر المؤجر مثلا أنه غير نيته من حيازة العين كمستأجر إلى حيازتها كما لك ولو صاحب هذا الإعلان أن يمتنع عن دفع الأجرة للمؤجر . فان إعلانه تغيير نيته لا يغير من صفة حيازته العرضية ، وامتناعه عن دفع الأجرة إخلال بالتزامه كمستأجر ، وهذا وذاك لا يكفيان في تحويل حيازته العرضية إلى حيازة أصيلة . وعلى ذلك تبقى حيازته حيازة عرضية ، ولا يستطيع بموجبها أن يكسب ملكية العين المؤجرة بالتقادم ، وهذا لأنه « ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده ، فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته » (١) . كذلك وارث الحائز العرضي يبقى حائزا عرضيا مثل مورثه كما سبق القول ، ولا يستطيع تحويل حيازته العرضية إلى حيازة أصيلة بمجرد تغيير نيته وإعلانه أنه أصبح يحوز كما لك على خلاف حيازة مورثه . ومن ثم لا يستطيع كسب ملكية العين التي تلقاها من مورثه بالتقادم لمجرد أنه غير بنفسه لنفسه أصل حيازته وهي في أصلها حيازة عرضية ، وهذا لأنه « ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده ، فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه . . . الأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة » .

ولا يستطيع الحائز العرضي أو وارثه أن يكسب بالتقادم ملكية العين ، إلا إذا تغيرت صفة حيازته وتحولت هذه الحيازة من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة . ولا يبدأ سريان التقادم إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا التحول ، ومن ذلك الوقت أيضا يمكن للحائز أن يحتج بدعوى الحيازة » (٢) .

وتتغير صفة الحيازة العرضية وتتحول إلى حيازة أصيلة بأحد أمرين (٣) :

(١) نقض مدني ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤٢ ص ٨٢٩ .

(٢) بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ١٦٥ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « إذا كان الحائز

بيده سند إيجار مثلا ، فهو حائز لحق المستأجر . وليس له بمجرد تغيير نيته أن يحوز حق الملكية إذا لم يقترن ذلك بفعل ظاهر يصدر من الغير أو من الحائز نفسه ، كأن يتعرض الغير للحائز فيدعى هذا الملكية أو يعارض الحائز حق المالك بعمل ظاهر . ولا يبدأ سريان التقادم بالنية الجديدة إلا من وقت صدور هذا العمل الظاهر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٨) . ويلاحظ أن =

(الأمر الأول) فعل يصدر من الغير : وهذا الفعل يكون عادة تصرفاً ناقلاً للملكية (١) ، يتلقاه الحائز العرضي من الغير فتتغير به صفة حيازته العرضية وتتحول إلى حيازة أصيلة ، إذ أن الحائز يحوز العين من وقت هذا التصرف كمالك لحساب نفسه ، لا كحائز عرضي لحساب غيره . ومن ذلك الوقت يستطيع الحائز أن يحتج كمالك بجميع دعاوى الحيازة كما قدمنا ، كما يستطيع أن يكسب الملكية بالتقادم . مثل ذلك أن يعتقد المستأجر للعين أنه استأجر من غير المالك ، فيتقدم إلى الشخص الذي يعتقد أنه هو المالك ويشتري منه العين . فهنا قد صدر تصرف ناقل للملكية من الغير وهو الشخص الذي يعتقد المستأجر خطأ أنه هو المالك ، وقد صدر هذا التصرف إلى المستأجر وهو الحائز العرضي . فيضع هذا الحائز يده على العين كمالك بمجرد صدور عقد البيع له ، ومن ثم تنقلب حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة ، ويستطيع أن يكسب ملكية العين بالتقادم إذا أكل مدته ضد المؤجر وهو المالك الحقيقي للعين (٢) . ولا يشترط أن يكون الحائز العرضي ، وقت أن تلقى التصرف الناقل للملكية ، حسن النية أى يعتقد أنه تعامل مع المالك الحقيقي . فلو كان

صاحبه بالذاكرة الإيضاحية ، من أن صفة الحيازة تتغير بتعرض الغير للحائز فيلحق هذا الملكية محل النظر ، كما سيتبين عند الكلام في الفعل الذى يصدر عن الغير فيما يلى في نفس الفقرة . وقد قضت محكمة النقض بأن وضع اليد بسبب وقى معلوم غير أسباب التملك لا يعتبر صالحاً لتسلك به ، إلا إذا حصل تغيير في سببه يزيل عنه صفة الوقتية . وهذا التغيير لا يكون إلا بإحدى اثنتين : أن يتلقى ذواليد الوقتية ملك العين من شخص من الأغيار يعتقد هو أنه المالك لها والمستحق للتصرف فيها ، أو أن يجابه ذو اليد الوقتية مالك العين بمجابهة ظاهرة صريحة بصفة الفعلية أو بصفة قضائية أو غير قضائية تدل دلالة جازمة على أنه مزعم إنكار الملكية على المالك والاستئثار بها دونه (نقض ملئ ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٦ مجموعة عمر ١ رقم ١ رقم ٣٥٢ ص ١٩٧ . وانظر أيضاً نقض ملئ ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٩ رقم ٢٨ - استئناف وطنى ٣ مايو سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١١١ ص ١٧٩ - وهذان السببان لتغيير صفة الحيازة لهما هذا الأثر لصالح أى حائز عرضي ، وضد أى شخص آخر سواء كان من الغير أو كان هو الشخص نفسه الذى تلقى الحائز العرضي منه الحيازة (بودرى وتيسيه فقرة ٣٢٧ ص ٢٥٦) .

(١) أما التصرف الكاشف عن الملكية فلا يسمح بحيازة جديدة أصيلة تختلف عن الحيازة السابقة (بودرى وتيسيه فقرة ٣٢٨ ص ٢٥٦ هامش ٣) .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٣٢٨ ص ٢٥٦ .

سوء النية ، أى يعرف أنه يتعامل مع غير المالك ، فان التصرف الصادر إليه على هذا النحو يغير هو أيضا من صفة حيازته فتقلب هذه الحيازة من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة (١) . وفى جميع الأحوال يجب أن يتصرف الحائز على مقتضى سنده الجديد الناقل للملكية ، ففى المثل الذى قدمناه يجب أن يمتنع المستأجر بعد أن تلقى التصرف من دفع الأجرة للمؤجر . فيستطيع عندئذ أن يتملك العين ، إما بالتقادم القصير إذا كان حسن النية إذ أن لديه السبب الصحيح ، أو بالتقادم الطويل إذا لم يكن حسن النية . وكذلك يستطيع فى الحالتين أن يحمى حيازته الجديدة بجميع دعاوى الحيازة ، ولو ضد المؤجر . أما إذا استمر بدفع الأجرة للمؤجر ، فان حيازته تكون حيازة غامضة (équivoque) ، لا تصلح لكسب الملكية بالتقادم ولا لأن تحمى بدعاوى الحيازة (٢) .

ويمكن أن يصدر التصرف الناقل للملكية للحائز العرضى من نفس الشخص الذى يحوز الحائز العرضى العين باسمه ، فتحول الحيازة العرضية بذلك إلى حيازة أصيلة . وذلك بأن يصدر التصرف الناقل للملكية من المؤجر نفسه وهو المالك الحقيقى ، فيشتري المستأجر منه العين المؤجرة ويحوزها منذ شرائها كمالك لحساب نفسه . بل قد يكون المؤجر غير مالك للعين المؤجرة ، ويتلقى منه المستأجر عقد البيع فتحول به حيازته العرضية إلى حيازة أصيلة ، ويستطيع المستأجر فى هذه الحالة أن يكسب ملكية العين بالتقادم ضد المالك الحقيقى ،

(١) أنظر فى هذا المعنى بودرى وتيسيه فقرة ٢٢٩ - فقرة ٣٣٠ - ولكن كثيرا من الفقهاء فى فرنسا وفى مصر يخالفون هذا رأى ويذهبون إلى وجوب أن يكون الحائز العرضى حسن النية وقت أن تلقى التصرف الناقل للملكية (بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٦٦ وص ١٨٠ هامش ١ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٣٢٨ - بيدان ٤ فقرة ٦٦٥ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٨٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٩٠ - إسماعيل غانم ص ١٠٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٤٤) . ولكنهم لا يجحدون فى رأيهم هذا سندا من نصوص القانون التى لا تشترط حسن النية . وقد رأينا مثل هذا الخلاف فى حالة ما إذا تلقى خلف خاص حيازة الشئ من حائز عرضى ، وقررنا هناك كما نقرر هنا أنه يستوى أن يكون الخلف الخاص حسن النية أو سوء النية (أنظر آنفاً فقرة ٢٧١) .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٢٢٨ - فقرة ٢٢٩ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة

كما يستطيع أن يحتج بجميع دعاوى الحيازة ضد المالك الحقيقي وضد المؤجر (١).

(والأمر الثاني) فعل يصدر من الحائز العرضي يعارض به حق المالك : ولا يكفي في ذلك مجرد إنكار الحائز العرضي لحق المالك وإعلانه ذلك على ملاء من الناس ، بل لا يكفي تصرفه في العين تتصرف الملاك فيهدمها مثلاً أو يقيم عليها بناء أو يبيعها ، فإن هذا يعد تعسفاً منه في استعمال حيازته العرضية وليس من شأن هذا التعسف أن يغير صفة الحيازة ويحولها إلى حيازة أصيلة (٢) . بل يجب أن يعارض الحائز العرضي حق المالك فيقوم بينهما مباشرة نزاع على ملكية العين ، يدعيها الحائز لنفسه وينكر المالك عليه ذلك (٣) .

وقد يكون هذا النزاع نزاعاً قضائياً ، فيطالب المالك أمام القضاء الحائز العرضي برد العين إليه ، ويدعي الحائز ملكيتها . ولكن ليس من الضروري أن يكون النزاع قضائياً ، فيكفي أن يعلن الحائز المالك بادعائه ملكية العين بانذار رسمي أو بكتاب مسجل أو غير مسجل أو باخطار شفوي على أن يكون عليه عليه هو عبء إثبات الإخطار . ففي هذه الحالة يكون الحائز قد عارض حق

(١) أنظر في هذا المعنى بودري وتيسيه فقرة ٢٢١ - نقض فرنسي ٢ مارس سنة ١٨٧٠ سيريه ٧١ - ١ - ١٦١ .

(٢) وقد قضى بأن هدم المباني وإقامتها من جديد من جانب واضع اليد بطريق النيابة عن غيره لا يعتبر بذاته تغييراً لسبب وضع يد الحائز المذكور ومجاهة للمالك بالسبب الجديد ، ولا يترتب على وضع اليد كسب الحائز بتلك الصفة ملكية العقار بالتقادم مهما طال الزمن (نقض مدني ٣١ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١٥ ص ٨٧١) . وقضى أيضاً بأن وضع يد الواقف المستحق في الوقف والناظر عليه حتى وفاته وضع يد وقفي، وكذلك يكون وضع يد أولاده من بعده مشوباً بالوقفية ولو كان بنية التملك ، ومن ثم فإن رهن الواقف أو أحد أولاده عين الوقف رهناً تأمينياً لا يتم به تغيير صفة الحيازة ، إذ هو لا يتضمن مجاهة حق جهة الوقف بعمل إيجابي ظاهر (نقض مدني ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤٢ ص ٨٣٩) . وانظر أيضاً نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٣٢ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٩ رقم ٣٠ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٣١ - ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٧ ص ٤٤٤ .

(٣) بودري وتيسيه فقرة ٣٣٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٧ ص ١٨٠ .

المالك وأعلنه بهذه المعارضة ، وذكر له أنه يضع يده على العين كمالك لا كحائز عرضي . فمن وقت علم المالك بمعارضة الحائز لحقه ، تنقلب حيازة الحائز العرضية إلى حيازة أصيلة ، تجوز حمايتها بدعاوى الحيازة إذا توافرت شروطها ، وتصلح لكسب ملكية العين بالتقادم إذا توافرت الشروط واكتملت المدة . وقد لا يعلن الحائز العرضي المالك بمعارضته لحقه ، ولكن المالك يطالبه برد العين فيمتنع الحائز عن ردها مدعياً أنه هو الذي يملكها ، فيكون في هذه الحالة قد صدر فعل من الحائز يعارض به حق المالك وعلم المالك بهذه المعارضة ، فتتقلب الحيازة العرضية إلى حيازة أصيلة تجوز حمايتها بدعاوى الحيازة وتؤدي إلى كسب الملكية بالتقادم (١) . ونرى من ذلك أن هذا الأمر الثاني التي تتغير به صفة الحيازة العرضية وتتحول إلى حيازة أصيلة تختلف عن الأمر الأول في أن الحائز العرضي في الأمر الثاني لا يحصل على سند جديد لحيازته بل يكون حائزاً دون سند ، أما في الأمر الأول فقد رأينا أنه يحصل على سند جديد لحيازته يصدر إليه من الغير (٢) .

وسواء تغيرت صفة الحيازة العرضية بالأمر الأول أو بالأمر الثاني ، فإن تقدير الوقائع والسندات التي تتغير بها صفة الحيازة يترك إلى قاضي الموضوع (٣) ، ولكن تحت رقابة محكمة النقض ترى ما إذا كانت هناك أسباب سائفة دعت

(١) وقد قضى بأنه إذا حصل تكليف رسمي برد العين المودعة ورفض المودع عنده ردها ، فإن هذا الأخير يكون بذلك قد أنكر ملكية المودع وتظاهر بملكيتها للعين المودعة لنفسه ، وغير بذلك سبب وضع يده عليها ووضع يده بنية التملك علناً بلاشائبة ، فلذلك يملكها بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ التكليف بالحضور (استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ . المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩٠) . وقضى كذلك بوجوب أن يجابه ذواليد الوثنية مالك العين مجابهة ظاهرة صريحة ، وبصفة فعلية أو بصفة قضائية أو غير قضائية تدل دلالة جازمة في أنه مزعم إنكار الملكية على المالك والاستئثار بها دونه (نقض مدني ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٢ ص ١٠٩٧) - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٢ ص ٦١٦ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٤٣ ص ٢٤٤ - وانظر بـلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٧ ص ١٨٠ - مازو فقرة ١٤٣٠ - حسن كيرة ص ٩٩ .

(٢) بـلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٧ ص ١٨١ .

(٣) نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤ ص ٣٩ - بـلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٧ ص ١٨١ .

محكمة الموضوع إلى تقدير هذه الوقائع والسندات على وجه معين (١) .
 وإثبات الوقائع والسندات التي تتغير بها صفة الحيازة تسرى فيه القواعد العامة ،
 فيجوز إثبات الوقائع المادية بجميع طرق الإثبات ، أما التصرفات القانونية
 فلا يجوز إثباتها بالبيئة أو القرائن إلا فيما لا يزيد على عشرة جنيهات . ويجب
 أن يتمسك الخصم رد المصلحة بأن صفة الحيازة قد تغيرت ، فلا يجوز للقاضي
 أن يحكم بتغير صفة الحيازة من تلقاء نفسه (٢) .

§ - ٢ عيوب الحيازة

(Vices de la possession)

٢٧٣ - نص قانوني : تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٤٩ مدني على ما يأتي
 « وإذا اقترنت (الحيازة) باكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس ،
 فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس
 عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب » (٢) .
 ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به
 دون نص .

(١) بودري وتيسيه فقرة ٣٣٧ ص ٢٦٢ - نقض فرنسي ٢٩ يناير سنة ١٨٦٢
 دالوز ٦٢ - ١ - ٢٤٤ - أنظر مع ذلك جيوارا فقرة ٤٨٣ - هيك ١٤ فقرة ٣٧٨ .
 هذا وقد كان ينبغي أن تتغير حيازة الوارث للحائز العرضي فتقلب إلى حيازة أصيلة
 إذا اعتقد الوارث بحسن نية أن حيازة مورثه حيازة أصيلة ، لنفس الاعتبارات التي سيأتي
 ذكرها فيما يتعلق بزوال عيب الإكراه بمجرد انقطاع الإكراه : أنظر في تفصيل ذلك مايل
 فقرة ٢٨٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢/١٣٩٩ من المشروع التمهيدى على الوجه
 الآتى : « وكذلك لا تقوم الحيازة على أعمال متقطعة ، أما إذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية
 أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس
 عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب » . ووافقت لجنة المراجعة على النص
 تحت رقم ٢/١٠٢٤ في المشروع النهائي بعد أن حذفت عبارة « وكذلك تقوم الحيازة على أعمال
 متقطعة » دون أن تذكر سبباً لهذا الحذف ، وقد أصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه في
 التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/١٠٢١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت
 تحت رقم ٢/٩٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٨ - ص ٤٥١) .

ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٢/٩٠٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٢/٩٥٣ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٦ وم ٢/١١٤٥ (العبارة الأخيرة) - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٧ - ١/٢٥٨ (١) .

هذا وقد أغفل النص ذكر عيب عدم الاستمرار إذا قامت الحيازة على أعمال متقطعة ، وكان هذا العيب مذكوراً في المشروع التمهيدى للنص (٢) ، وحذف دون سبب ظاهر في لجنة المراجعة . والصحيح أن الحيازة يجب ، حتى تكون حيازة صحيحة تنتج آثارها القانونية ، وبخاصة حتى تحمى بدعاوى الحيازة وحتى تكسب الملكية بالتقادم أو بدون تقادم ، أن تكون مستمرة ظاهرة هادئة واضحة ، أى أن تكون خالية من عيوب الحيازة . فعيوب الحيازة هي إذن عدم الاستمرار (التقطع) ، والحفاء (عدم العلانية) ، والإكراه (عدم الهدوء) ، والغموض (اللبس) (٣) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢/٩٠٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٢/٩٥٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٤٦ (مطابق) .

م ٢/١١٤٥ (العبارة الأخيرة) : وكذلك لا تقوم (الحيازة) على أعمال متقطعة .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٧ : يكتسب حق القيد في السجل العقاري ، فيما يتعلق بالعقارات والحقوق غير المقيدة في السجل العقاري ، بوضع يد الشخص بصورة هادئة طنية مستمرة مدة ...

م ١/٢٥٨ : يعتبر وضع اليد مستمراً منذ اللحظة التي يظهر فيها باستعمال الحق الموجود في اليد بصورة احتيادية متقطعة ، ويمكن لمن يدعى بمرور الزمن أن يستند إلى يد الشخص الذي اتصل به العقار إليه . (والقانون اللبناني يتفق مع التقنين المصري ، إلا أن القانون الأول لا يصرح بعيب الغموض ، ويذكر عيب التقطع إذ يشترط في الحيازة الاستمرار) .

(٢) انظر ص ٨٤٠ هامش ٢ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « يجب أن تتوافر في الحيازة شروط معينة ، هي الاستمرار والهدوء والظهور والوضوح . فالحيازة المتقطعة ، والحيازة بالإكراه ، والحيازة الخفية ، والحيازة الغامضة (كحيازة الوارث) كل هذا لا يعتبر حيازة صحيحة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥١) .

ويجب التمييز بين عناصر الحيازة وعيوب الحيازة . فالحيازة لا توجد إلا إذا توافر عنصرها ، على الوجه الذى سبق بيانه تفضيلاً . فإذا توافر عنصرها ووجدت ، فانه يجب أيضاً أن تكون خالية من العيوب حتى تنتج آثارها ، وبخاصة حتى تحمى بدعاوى الحيازة وحتى تكون سبباً للملك (١) . والعناصر والعيوب بالنسبة إلى الحيازة تناظر العناصر والعيوب بالنسبة إلى الإرادة . فالإرادة لا توجد إلا إذا توافرت عناصرها ، ولا تكون صحيحة بعد وجودها إلا إذا كانت خالية من العيوب . ولكن الحيازة ، بخلاف الإرادة ، لا تنتج أى أثر من آثارها القانونية المعروفة إلا إذا كانت موجودة وكانت خالية من العيوب . أما الإرادة فإذا توافرت عناصرها وكانت مشوبة بعيب ، فانها تكون إرادة موجودة تنتج آثاراً ، ولكنها تكون إرادة غير صحيحة لا تنتج إلا آثاراً محدودة .

ونستعرض فيما يلي عيوب الحيازة وهى ، كما قدمنا ، عدم الاستمرار أو التقطع (discontinuité) ، والخفاء أو عدم العلانية (clandestinité) والإكراه أو عدم الهدوء (violence) ، والغموض أو اللبس (équivoque)

العيب الأول - عدم الاستمرار أو التقطع :

٢٧٤ - معنى عدم استمرار الحيازة أو تقطعها : إذا قامت الحيازة على أعمال متقطعة تكون مشوبة بعيب عدم الاستمرار أو التقطع ، ومن ثم لا تنتج آثارها القانونية . وحتى تسلم الحيازة من هذا العيب وتكون مستمرة غير متقطعة ، يجب أن تتوالى أعمال السيطرة المادية على الشيء فى فترات متقاربة منتظمة . فيستعمل الحائز الشيء من وقت إلى آخر كلما تقوم الحاجة إلى استعماله ، كما يستعمل المالك ملكه فى العادة : فإذا مضى بين العمل والآخر فترة طويلة من الزمن لا يستعمل فيها الحائز الشيء ، وكانت هذه الفترة من الطول بحيث لا يدعها المالك الحريص على الانتفاع بملكه انتفاعاً كاملاً تمضى دون أن يستعمل ملكه ، فان الحيازة تكون فى هذه الحالة غير مستمرة أو

(١) بلانيول وريبير ويكار ٣ قرة ١٥٢

متقطعة ، فلا تصلح أساساً لدعوى الحيازة ولا للتملك بالتقادم^(١) . والواجب ألا ينقطع الحائز عن استعمال الشيء إلا المدة التي ينقطع فيها المالك عادة عن استعمال ملكه ، فالحائز الذي يحوز حق الملكية إنما يتصرف في الشيء كمالك ، فيجب أن يظهر مظهر المالك في استعماله لهذا الشيء . أما إذا كان يحوز حقاً آخر غير حق الملكية ، كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق رهن الحيازة أو حق المستأجر ، فالواجب ألا ينقطع عن استعمال الحق الذي يحوزه كما لو كان فعلاً صاحب هذا الحق . وليس من الضروري ، بطبيعة الحال ، أن يستعمل الحائز الحق في كل وقت بغير انقطاع حتى تكون الحيازة مستمرة ، فإن هذا أمر غير عملي ويكاد يكون مستحيلاً ، بل يكفي كما قدمنا أن يستعمل الحائز الحق على فترات متقاربة منتظمة كما يفعل صاحب الحق نفسه^(٢) .

٢٧٥ - انتظام الاستعمال بمختلف المظهرات طبيعية للمشيء : والبت فيما

إذا كان استعمال الشيء منتظماً ، بحيث تعتبر الحيازة مستمرة ، يتوقف على طبيعة الشيء . فهناك أشياء تقتضي طبيعتها أن تستعمل على فترات متقاربة جداً ، وأخرى تقتضي طبيعتها أن تستعمل في وقت معين ثم تترك بعد ذلك دون استعمال . فإذا حاز شخص حق السكنى مثلاً ، فحتى تكون الحيازة مستمرة يجب أن يسكن المنزل ، وألا ينقطع عن سكناه إلا عند سفر أو لقضاء بعض الوقت في مصيف أو مشى أو نحو ذلك . وإذا حاز شخص حق ارتفاق بالمرور ، وجب ، حتى تكون الحيازة مستمرة في القانون المصري ، أن يمر من الطريق الذي يستعمل فيه هذا الحق في الأوقات المألوف المرور فيها وبالقدر الذي يقتضيه الانتفاع بالعقار المرتفق . وإذا حاز شخص أرضاً زراعية من الأراضي التي تروى بالحياض ، كان عليه ، حتى تكون حيازته مستمرة ، أن

(١) ومن الفقهاء من يذهب إلى أن استمرار الحيازة هو نفس عنصرها المادى ، « فعدم قيام الحائز منذ ابتداء الحيازة بأعمال الاستعمال الكافية لتكوين العنصر المادى للحيازة من شأنه ألا يكسبه الحيازة ، فلا نكون بصدد حيازة معينة فحسب ، بل لا تكون ثمة حيازة بالمرّة » (عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥٥٥ ص ٥٣١) . وانظر أيضاً إسماعيل غانم ص ١١٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٦٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٦٦ ص ٢٩٥ هامش ١ .

(٢) بلا فيول وزيير وبيكار ٣ فقرة ١٥٤ .

يزرع الأرض في أثناء الفيضان ، ولا يعتبر انقطاعه عن زراعتها في غير هذا الوقت إخلالا باستمرار حيازته ، لأن طبيعة رى الأرض تقتضى هذا الانقطاع . وإذا حاز شخص مرعى لرعى المواشى ، فإن انتفاعه بالأرض يكون مقصورا على الرعى ، وهذا يقتضى أن يستعمل الأرض في أوقات معينة هي أوقات الرعى ، وأن ينقطع عن استعمالها في غير هذه الأوقات ، ولا يعتبر هذا الانقطاع إخلالا بالاستمرار في حيازته (١) .

ولا يعتبر الكف عن استعمال الشيء بسبب قوة قاهرة ، كفيضان يغمر الأرض أو استيلاء موقت أو احتلال جيش أجنبي ، انقطاعا يخل بالاستمرار في الحيازة (٢) .

٢٧٦ - عدم الاستمرار وغير ذلك من عيوب الحيازة من مسائل

الواقع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض: وتقدير ما إذا كانت الحيازة غير مستمرة، أو ما إذا كان يشوبها عيب آخر من عيوب الحيازة ، يترك لقاضى الموضوع يقضى فيه دون معقب عليه من محكمة النقض . وهذا ماذهب إليه الفقه والقضاء في فرنسا ، فقاضى الموضوع وحده هو الذى يقدر ما إذا كانت الحيازة قد استوفت جميع الشروط الواجبة (٣) .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٣٩ - فقرة ٢٤٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٤ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٧٧٧ - مارتى ورينو فقرة ١٠٢٣ .

(٢) وقد قضى بأنه إذا حال طغيان المياه دون زراعة أرض وقتاً معيناً من كل سنة ، لم يمنع ذلك من توافر صفة الاستمرار في وضع اليد متى كان واضح اليد يقوم بزراعتها كلها سمعت له الأحوال بذلك (الزقازيق ٩ يونيو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٤٢ ص ٦٣) . وانظر استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٤٦ - ٢٣ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٥٦ - ٢٢ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٨٧ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٤٠ ص ١٩٣ - بلانيول - وديبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٤ - وقارن استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٦٣ .

(٣) نقض فرنسى ١١ مارس سنة ١٨٦٨ سيرييه ٦٨ - ١ - ١٥٦ - ١٦ نوفمبر سنة ١٨٨٧ دالوز ٨٩ - ١ - ٢٧٦ - ١٨ يونيو سنة ١٨٩٢ سيرييه ٩٣ - ١ - ١٩٦ - لوران ٣٢ فقرة ٢٧٦ - فقرة ٢٧٧ وقرة ٢٩٢ وقرة ٣٤٣ - فقرة ٣٤٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٤ .

ويترتب على ذلك أن قاضي الموضوع ليس عليه أن يستقصى عيوب الحياة عيباً عيباً ليستبعد كل عيب منها ، وبحسبه أن يقرر بوجه عام أن الحياة قد توافرت شروطها وأنها لذلك تكون صالحة لكسب الملكية بالتقادم (١) . على أنه إذا تمسك الخصم بأن الحياة يشوبها عيب معين ، كان على محكمة الموضوع إن تبت فيما إذا كان هذا العيب موجوداً أو غير موجود وأن تبني قضاءها في ذلك على أسباب مائغة ، ولحكمة النقض أن تنقض حكمها لقصور في التسبيب .

٢٧٧ - عيب عدم استمرار الحياة عيب مطلق - لكل ذي مصلحة

أنه يتمسك به - زوال هذا العيب : وإذا تبين أن الحياة غير مستمرة ، فإن هذا عيب يشوبها ويجعلها غير صالحة لأن تنتج آثارها كما سبق القول ، فلا تجوز خايتها بدعاوى الحياة ولا تؤدي إلى التملك بالتقادم . وهذا العيب ، بخلاف عيوب الحياة الأخرى ، عيب مطلق (vice absolu) ، لكل ذي مصلحة أن يتمسك به . ذلك بأن الحياة تكون في ذاتها غير مستمرة بالنسبة إلى الناس كافة ، فلكل ذي مصلحة أن يتمسك بعدم استمرارها لأنها غير

فيث قاضي الموضوع فيما إذا كانت الحياة مستمرة (نقض فرنسي ١٢ ديسمبر سنة ١٨٦٠ دالوز ٦١ - ١ - ٣٠٣ - ١٩ مارس سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٦ - ١ - ٤٦٨) ، وفيما إذا كانت هادئة (نقض فرنسي ٤ يولييه سنة ١٨٥٥ باندكت ٥٦ - ٢ - ٦١) ، وفيما إذا كانت واضحة لا غموض فيها (نقض فرنسي ١٧ يناير سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ١ - ٤٥٩ - ٧ يولييه سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٧٩ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٥٣٧) . (١) نقض فرنسي ٢٤ يناير سنة ١٨٨٨ سيريه ٩٠ - ١ - ٤٥٢ - ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسي في أحد أحكامها بأن على محكمة النقض أن تراقب ما إذا كانت الوقائع التي استخلصتها محكمة الموضوع استخلاصاً موضوعياً لا معقّب عليها فيه تؤدي قانوناً إلى أن تكون الحياة قد توافرت فيها الشروط التي يتطلبها القانون ، وبأن البت فيما إذا كانت هذه الشروط قد استوفيت هو من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض فرنسي ١٨ مايو سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٢٩٧) . ولكن المحكمة سرعان ما رجعت من هذا القضاء ، وعادت إلى قضائها الأول من أن استيفاء الحياة لشروطها القانونية هو من مسائل الواقع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض فرنسي ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣ - ١ - ٤٠٤ - ١٠ نوفمبر سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٦ - ١ - ٤٨٣ - ١٧ أكتوبر سنة ١٨٩٩ سيريه ١٩٠٠ - ١ - ١٩٦) .

مستمرة بالنسبة إليه كما هي غير مستمرة بالنسبة إلى غيره ، فلا يحتاج بها عليه (١) . أما عيوب الحيازة الأخرى فهي عيوب نسبية (vices relatifs) وسنرى أن الحيازة الخفية لا يكون لها أثر قبل من أخفيت عنه الحيازة وحده ، وأن الحيازة التي يشوبها الإكراه لا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه ، وأن الحيازة التي يشوبها اللبس لا يكون لها أثر قبل من التبس عليه أمرها (٢) . ولكن عيب عدم استمرار الحيازة يزول مع ذلك إذا هي تحولت إلى حيازة مستمرة على النحو الذي بسطناه فيما تقدم . فعند ذلك تكون الحيازة خالية من هذا العيب ، وتنتج آثارها ولكن من الوقت الذي يزول فيه العيب وتصبح الحيازة مستمرة .

٢٧٨- التمييز بين عدم استمرار الحيازة أو انقطاعها وبين انقطاع التقادم :

والحيازة غير المستمرة هي الحيازة المتقطعة كما سبق القول ، وقد تشبه الحيازة المتقطعة (possession discontinue) بالتقادم المنقطع (prescription interrompue) . ففي كليهما تنقطع الحيازة ولا يصح ماسبق منها أساسا للتقادم ، حتى إذا عادت الحيازة مستمرة صلحت أن تكون أساسا للتقادم مالم ينقطع التقادم بسبب من أسباب الانقطاع . وسنرى فيما يلي أن التقادم المكسب ينقطع انقطاعا طبيعيا ، إذا تخلى الحائز عن الحيازة أو فقدتها ولو بفعل الغير . غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد ، (م ٩٧٥ مدني) . هذا إلى أن التقادم المكسب ينقطع أيضا إنقطاعا حكما بالمطالبة القضائية وما في حكمها ، وباقرار الحائز بحق صاحب الحق (م ٣٨٣ - ٣٨٤ مدني) .

ويتبين من ذلك أن أسباب انقطاع التقادم تختلف عن سبب تقطع الحيازة . فالتقادم ينقطع انقطاعا حكما بالمطالبة القضائية وما في حكمها ، ومع ذلك تبقى الحيازة مستمرة غير متقطعة . أما إذا أقر الحائز بحق صاحب الحق فإن التقادم ينقطع ، وكذلك الحيازة تنقلب من حيازة أصيلة إلى حيازة عرضية .

(١) كولان وكابيتان ودی لامور اندیر ١ ققرة ١١٧٠ .

(٢) أنظر المادة ٩٤٩ مدني آنفاً ققرة ٢٧٣ .

فإذا انقطع التقادم انقطاعا طبيعيا بتخلى الحائز عن الحيازة أو بفقده إياها ولو بفعل الغير ، فهنا يشته انقطاع التقادم بتقطع الحيازة اشتباها كبيرا . ولكن حتى في هذا الفرض توجد فروق ملحوظة بين انقطاع التقادم وتقطع الحيازة . فانقطاع التقادم في هذا الفرض يقع عادة بفعل الغير بأن ينتزع شخص من الحائز حيازته ولا يستردها الحائز في خلال سنة ، أما تقطع الحيازة فيكون بفعل الحائز نفسه بأن ينقطع عن استعمال الحق إلا في فترات متباعدة غير منتظمة على خلاف المألوف لاستعمال صاحب الحق حقه . وحتى لو انقطع التقادم بفقد الحائز للحيازة أو بتخليه عنها طوعا ، فإن هذا الانقطاع يفترض وجود حيازة سابقة مستمرة غير منقطعة على الوجه الذي سبق بيانه ، وعلى ذلك ينقطع التقادم دون أن تنقطع الحيازة .

وينقطع التقادم دون أن تنقطع الحيازة ، لا في الفرض المتقدم فحسب ، بل أيضا عندما ينقطع التقادم انقطاعا حكما بالمطالبة القضائية وما في حكمها وباقرار الحائز بحق صاحب الحق . ففي هذه الأحوال ينقطع التقادم ولا تحسب مدة الحيازة التي سبقت هذا الانقطاع ، ولكن الحيازة تبقى مستمرة غير منقطعة في حالة انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية وما في حكمها ، وتبقى أيضا مستمرة غير منقطعة في حالة انقطاع التقادم باقرار الحائز بحق صاحب الحق ولكنها تفقد عنصر القصد فيصبح الحائز حائزا لحساب غيره .

وعلى العكس من ذلك قد تنقطع الحيازة دون أن ينقطع التقادم ، ويتحقق هذا للفرض إذا بقي التقادم مستمرا دون أن ينقطع بسبب من أسباب انقطاعه ، ولكن الحائز مع ذلك يستعمل الحق في فترات متباعدة غير منتظمة مما يجعل الحيازة منقطعة على النحو السالف ذكره . ويلاحظ في هذه الحالة أنه لا تكون هناك ثمة حاجة لقطع التقادم ، لأن الحيازة نفسها تكون منقطعة فلا تصلح أساسا للتقادم (١) .

ويختلف انقطاع التقادم عن تقطع الحيازة من ناحية عبء الإثبات . فقيا يتعلق بانقطاع التقادم يكون المفروض أن التقادم لم ينقطع ، وعلى من

(١) أنظر بودرى وتيسيه فقرة ٢٤٣ .

يدعى انقطاعه أن يثبت ذلك ، فلا يقع عبء الإثبات على الحائز . أما فيما يتعلق بتقطع الحيازة ، فإن عبء الإثبات يقع على الحائز ، وعليه أن يثبت أن حيازته مستمرة غير متقطعة (١) .

ثم إن عيب تقطع الحيازة عيب مطلق كما قلنا (٢) ، فلكل ذي مصلحة أن يتمسك به . أما في انقطاع التقادم فيجب التمييز بين ما إذا كان هذا الانقطاع قد وقع بسبب المطالبة القضائية وما في حكمها فيكون الانقطاع غير مطلق ولا ينقطع التقادم إلا لمصلحة من قام بالمطالبة القضائية وما في حكمها ، وبين ما إذا كان الانقطاع قد وقع بسبب التخلي عن الحيازة أو فقدتها فيكون الانقطاع مطلقاً ولكل ذي مصلحة أن يتمسك به ، أو وقع بسبب إقرار الحائز بحق صاحب الحق ، فتتقلب الحيازة كما قلنا إلى حيازة عرضية ولكل ذي مصلحة هنا أيضاً أن يتمسك بعرضية الحيازة (٣) .

العيب الثاني - الخفاء أو عدم العلانية :

٢٧٩- معنى الخفاء أو عدم العلانية : قد تكون الحيازة مستمرة على الوجه الذي أسلفناه فتخلو من عيب عدم الاستمرار أو التقطع ، ولكن مع ذلك يشوبها عيب الخفاء أو عدم العلانية . فالحيازة يجب أن تكون علنية غير خفية ، يباشرها الحائز على مشهد من الناس ، أو في القليل على مشهد من المالك أو صاحب الحق الذي يستعمله الحائز . فإذا أخفاها الحائز عن المالك أو صاحب الحق ، بحيث لا يشعر هذا بأن حقه في حيازة غيره ، كانت الحيازة مشوبة بعيب الخفاء أو عدم العلانية ، ومن ثم لا تكون صالحة لأن تحمي بدعاوى الحيازة ولأن تؤدي إلى التملك بالتقادم . هذا إلى أن من يجوز حقاً يجب أن يستعمله كما لو كان هو صاحب الحق ، وصاحب الحق لا يستعمله خفية بل يستعمله علناً (٤) .

(١) أنظر في ذلك بودرى وتيسيه فقرة ٢٤٤ - فقرة ٢٤٥ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٧ .

(٣) أنظر في هذا المعنى كولين دي سانتير فقرة ٢٢٩ مكررة (٥) - بودرى وتيسيه فقرة ٢٤٩ - ويلاحظ أن عيب عدم استمرار الحيازة يتصل بعيب الخفاء ، كما يتصل بأعمال التسامح - فالحيازة التي تعتبر غير مستمرة كثيراً ما تكون في الوقت ذاته حيازة خفية ، وتكون كذلك عملاً من أعمال التسامح (بودرى وتيسيه فقرة ٢٥٠) .

(٤) بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ .

وإخفاء حيازة المنقول سهل ميسور ، وما على الحائز إلا أن يخفي المنقول في حرز فيبعده عن أعين الناس ، كما إذا أخفى الحائز المجوهرات التي يحوزها أو الأوراق المالية أو الأمتعة أو الأثاث أو التحف الفنية أو غير ذلك من المنقولات التي يمكن إخفاؤها . أما إخفاء حيازة العقار فأمر ليس باليسير ، إذ يصعب أن يخفي الحائز حيازته لمنزل وهو يسكنه (١) أو يؤجره ، أو يخفي حيازته لأرض زراعية وهو يقوم بزراعتها أو بايجارها (٢) . ومع ذلك يمكن أن نتصور شخصا يوسع من كهف في أسفل منزله عن طريق سرداب يحفره تحت أرض جاره ، دون أن يشعر الجار بذلك ، ودون أن يترك صاحب الكهف علامة ظاهرة تتم عن السرداب الذي حفره تحت أرض الجار . ففي هذه الحالة تكون حيازة صاحب الكهف للسرداب حيازة خفية ، لا يحتج بها على الجار لا عن طريق رفع دعاوى الحيازة ولا عن طريق التملك بالتقادم (٣) . كذلك قد يعتبر ، في رأى ، أن جور الجار على شريط صغير من أرض جاره على حدود ملكه ، وإدخال هذا الشريط في أرضه يزرعه أو يمد إليه بناءه ، دون أن يشعر الجار بذلك ودون أن تكون هناك علامة ظاهرة تتم عن مجاوزة الحائز لحدود ملكه ، حيازة خفية لا تصلح أساسا لدعاوى الحيازة ولا للتملك بالتقادم (٤) . وإذا سلمنا بهذا الرأى ، فإن إخفاء الحيازة لا يؤثر فيها حسن

(١) ومع هذا قد يقع ذلك نادراً ، فقد قضت محكمة النقض بأن تحقق صفة الظهور في وضع اليد أو عدم تحققها هو مما يدخل في تحصيل فهم الواقع في الدعوى ، فإذا كان الحكم قد أقيم على أسباب مبررة لقضائه فلا سبيل عليه لمحكمة النقض . وإذن فإذا كانت المحكمة قد استخلصت من كون المدعى قد قدم إلى المجلس المحلى طلبى إدخال الكهرباء والماء في المنزل محل الدعوى مصرحاً في كلا الطلبين بأن المالك هو شخص آخر غيره ، وأن نية تملكه المنزل لم تكن إلى أن وقع هذين الطلبين إلا نية مستترة ، ورتبت على ذلك أن وضع يده لم يكن ظاهراً على النحو المطلوب قانوناً ، فحكمها بذلك لامتقن عليه (نقض مدنى ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٥ رقم ٢) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ .

(٣) أنظر في هذا الصدد بودرى وتيسيه فقرة ٢٦٣ ص ٢٠٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ - بلانيول وريبير وبولابونجييه ١ فقرة ٢٧٨٢ - كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١١٧٢ .

(٤) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ ص ١٧٣ هامش ٢ - محكمة السين ١٠ فبراير سنة ١٨٢٠ - باريس ٢٨ فبراير سنة ١٨٢١ و ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٢٥ S.chr . وانظر عكس ذلك وأن الحيازة في هذه الحالة تكون حيازة ظاهرة إذ أن أعمال الحيازة أعمال علنية غير خفية : ترولون فقرة ٣٥٢ - لوران فقرة ٢٨٨ - هيك ١٤ فقرة ٣٥٢ - جيوار فقرة ٤٦١ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٦٣ .

نية الحائز أو سوء نيته ، فهي تبقى حيازة خفية حتى لو كان الحائز قد جار على هذا الشريط من أرض جاره بحسن نية وهو يعتقد أنه لم يجاوز حدود ملكه (١) . وليس من الضروري ، حتى تكون الحيازة علنية غير خفية ، أن يعلم بها المالك على سبيل اليقين ، بل يكفي أن تكون من الظهور بحيث يستطيع المالك أن يعلم بها . فامكان العلم ، وليس العلم ذاته ، هو الذى يجعل الحيازة علنية بخالية من عيب الخفاء (٢) .

٢٨٠ - عيب الخفاء أو عدم العلنية عيب نسبي لا يكون له أثر إر قبل

من أُنْخِفت عنه الحيازة : وعيب الخفاء أو عدم العلنية ، بخلاف عيب عدم الاستمرار أو التقطع ، عيب نسبي (vice relatif) . وفى هذا تقول المادة ٢/٩٤٩ مدنى ، كما رأينا (٣) ، إنه إذا حصلت الحيازة خفية « فلا يكون لها أثر قبل من ... أخفيت عنه الحيازة » . فالذى يحتج بخفاء الحيازة هو من أخفيت عنه وحده دون غيره ممن تكون الحيازة ظاهرة أمام عينيه . فليس من الضروري إذن أن تكون الحيازة خافية على جميع الناس حتى تكون مشوبة بعيب الخفاء ، بل يكفي أن تكون خافية على صاحب الحق الذى يحوزه الحائز حتى يستطيع هذا أن يتمسك بأنها حيازة معيبة ، ولو كانت ظاهرة أمام غيره من الناس وبعبارة أخرى بضح أن تكون الحيازة ظاهرة أمام الناس ولكنها خافية على صاحب الحق ، فيجوز لهذا الأخير أن يتمسك بخفائها (٤) . وعلى العكس من ذلك إذا كانت الحيازة ظاهرة أمام صاحب الحق ، ولكنها خافية على سائر الناس ، لم يجز لصاحب الحق أن يتمسك بخفاء الحيازة بدعوى أنها خافية عن الناس ما دامت ظاهرة له هو (٥) .

وهناك رأى يذهب إلى أن عيب الخفاء عيب مطلق ، فلا يعتد بالحيازة إلا إذا كانت ظاهرة أمام جميع الناس . فاذا خفيت على بعض الناس دون

(١) جيوار فقرة ٤٥٧ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٦١ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٢٦٠ ص ٢٠٥ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ .

(٤) فلو أن مستأجر العين قد غير صفة حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة أصلية عن طريق فعل الغير ، بأن استصدر لنفسه عقد بيع للعين من الغير ، ولكنه بقى يدفع الأجرة للمؤجر ، فإن الحيازة وإن انقلبت إلى حيازة أصلية تكون حيازة خفية بالنسبة إلى المؤجر ، فلا يحتج بها عليه (كولان وكاييتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٧٢) .

(٥) بودرى وتيسيه فقرة ٢٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٧٨٣ - مارتى ورينو فقرة ٢١ ص ٢٨ .

بعض ، كانت الحيازة مشوبة بعيب الخفاء ، حتى لو كانت ظاهرة لصاحب الحق نفسه . فالحائز لحق يجب أن يستعمله كما يستعمله صاحب الحق نفسه ، وصاحب الحق يستعمل حقه علنا أمام جميع الناس . وإذا أمكن في دعاوى الحيازة التساهل في شرط الخفاء وعدم اشتراط أن تكون الحيازة خافية على جميع الناس والاكتفاء بأن تكون خافية على صاحب الحق وحده . ففي التملك بالتقادم لا يجوز هذا التساهل بل يجب اشتراط أن يكون الحيازة خافية على جميع الناس ، إذ أن من يريد أن يملك حقا بالتقادم يجب أن يظهر أمام جميع الناس على أنه هو صاحب الحق (١) ولكن هذا الرأي لم يسد ، والذي ساد هو الرأي الأول (٢) ، وقد أخذ التقنين المدني المصري صراحة بهذا الرأي الأول السائد كما سبق القول (٣) .

٢٨١ - زوال عيب الخفاء بظهور الحيازة : وكما يزول عيب عدم

استمرار الحيازة إذا هي تحولت إلى حيازة مستمرة ، كذلك يزول عيب الخفاء إذا ظهرت الحيازة واستطاع أن يعلم بها صاحب الحق . فاذا ما زال عيب الخفاء على هذا النحو . أصبحت الحيازة صالحة لأن تنتج آثارها ، وبخاصة أصبح من الجائز أن تحمي بدعاوى الحيازة وأن تؤدي إلى التملك بالتقادم ، ولكن من الوقت الذي يزول فيه عيب الخفاء . وتقضى المادة ٢/٩٤٩ مدني صراحة في هذا الخصوص بأنه إذا اقترنت الحيازة « باكره أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب » (٤) .

وعلى ذلك إذا بدأت الحيازة خفية وبقيت كذلك مدة معينة ، ثم ظهرت بعد ذلك ، فلا يعتد بالمدة التي كانت خفية في أثنائها ، ولا تكون الحيازة خالية من عيب الخفاء إلا من وقت أن ظهرت . فمن ذلك الوقت فقط يعتد بالحيازة ، وتصبح صالحة لأن تنتج آثارها (٥) .

- (١) أنظر من هذا الرأي لوران فقرة ٢٨٩ - كولييه دي سانتير فقرة ٣٣٩ مكررة (٧) .
- (٢) ديرانتون فقرة ٢١٥ - هيك ١٤ فقرة ٣٥٢ - جيوار فقرة ٤٦٠ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣٣ - بودري وتيسيه فقرة ٢٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٧٨٣ - مارتى ورينو لفقرة ٢١ ص ٢٨ .
- (٣) أنظر م ٢/٩٤٩ مدني آنفاً فقرة ٢٧٣ .
- (٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ .
- (٥) بودري وتيسيه فقرة ٢٦٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ .

أما إذا بدأت الحيازة ظاهرة ثم خفيت بعد ذلك ، فلا يعتد بها إلا في الوقت الذي كانت فيه ظاهرة ، ومنذ الوقت الذي أصبحت فيه خفية لا تنتج آثارها . فإذا كانت مدة التقادم لم تكتمل في نهاية الوقت الذي ظلت فيه الحيازة ظاهرة ، فإن خفاءها بعد ذلك يقطع التقادم إذ تصبح الحيازة معيبة ، وشرط التقادم أن تكتمل مدته والحيازة قائمة خالية من العيوب

العيب الثالث — الإكراه أو الهدوء

٢٨٢ - معنى الإكراه أو عزم الهدوء : قد تكون الحيازة مستمرة وظاهرة على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم فتخلو من عيب عدم الاستمرار والخفاء ، ولكن مع ذلك يشوبها عيب الإكراه أو عدم الهدوء . وتكون الحيازة مشوبة بعيب الإكراه أو عدم الهدوء إذا حصل عليها صاحبها بالقوة أو بالتهديد^(١) ، وبقي محتفظاً بها دون أن تنقطع القوة أو التهديد الذي حصل عليها به . فإدام الحائز قد حصل على الحيازة على هذا الوجه ، فإن حيازته تكون مشوبة بعيب الإكراه ، مادامت القوة أو التهديد باقيا لم ينقطع^(٢) . ويستوى في ذلك أن تكون القوة أو التهديد قد استعمل ضد المالك الحقيقي لانتزاع ملكه منه أو استعمل ضد حائز سابق غير مالك لانتزاع حيازته ، كما يستوى أن يكون من استعمل القوة أو التهديد هو الحائز نفسه أو أعوان له يعملون باسمه^(٣) . ويستوى أخيراً أن تكون الحيازة قد انتزعت عنوة بالقوة أو التهديد ، أو أن يكون الحائز السابق قد أذعن للقوة أو التهديد فسلم العين مكرهاً^(٤) .

ونخلص من ذلك أن الإكراه يجب أن يكون قد استعمل ابتداء للحصول على الحيازة^(٥) ، وأن يكون قد بقي مستعملاً لاستبقائها دون أن ينقطع . وقد

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٥١ ص ١٩٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧٢ هامش ١ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣٨-٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٥-١٨ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٠٣ - وقد قضى بأنه إذا استخلصت المحكمة استخلاصاً سائغاً من التحقيق ومن انتقالها لموقع النزاع ومن أقوال الخصم نفسه أنه لم يضع يده على العين المتنازع عليها إلا حديثاً، وأن وضع يده لم يكن هادئاً، فذلك من التقديرات الموضوعية التي لا معقب عليها لمحكمة النقض (نقض مدني ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٧ ص ٣٥٠) .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٢٥١ ص ١٩٩ .

(٤) بودرى وتيسيه فقرة ٢٥١ .

(٥) فإذا بدأ الحائز وضع يده هادئاً ، فالتعدي على حيازته بعد ذلك ودفع الحائز هذا التعدي عن حيازته ليس من شأنهما أن يجعل الحيازة مشوبة بالإكراه . وقد قضت محكمة النقض بأن الحيازة تعتبر غير هادئة إذا بدأت بالإكراه ، أما إذا بدأ الحائز وضع يده هادئاً ، فإن

كان هذا هو حكم القانون الرومانى ، وبه يقول فريق من رجال الفقه فى فرنسا (١) . وعلى ذلك إذا انقطع الإكراه وبقي الحائز بعد انقطاعه مستمرا فى حيازته ، فإن الحيازة تصبح هادئة خالية من عيب الإكراه ، ومن ثم تصبح صالحة لإنتاج آثارها ، حتى لو اضطرت الحائز بعد ذلك وقد رأى حيازته عادت مهددة أن يدفع القوة بالقوة ، ما دامت الحيازة لم تنتزع منه فينقطع بانتزاعها التقادم . وهذا هو الرأى الذى أخذت به ضمنا محكمة النقض فى مصر ، عند ما قضت بأن التعدى الذى يقع فى أثناء حيازة بدأت هادئة ، ويمنع الحائز ، لا يشوب الحيازة التى تظل هادئة بالرغم من ذلك (٢) .

ولكن القضاء الفرنسى وفريقا آخر من رجال الفقه فى فرنسا يذهبون إلى أنه لا يكفى أن ينقطع الإكراه الذى حصل به الحائز على الحيازة ابتداء ، حتى تكون الحيازة خالية من عيب الإكراه . بل يجب فوق ذلك أن تستمر الحيازة هادئة (paisible) طوال المدة التى تبقى فيها ، فإذا كانت مهددة بعكر صفاءها أن يكون صاحبها مضطرا فى أى وقت للدفاع عنها بالقوة ، فإنها تكون حيازة غير هادئة يشوبها عيب الإكراه ، ولا تصلح لأن تنتج آثارها القانونية . كذلك تكون الحيازة غير هادئة يشوبها عيب الإكراه ، حتى لو حصل عليها صاحبها ابتداء بغير القوة أو التهديد ، ولكنه بعد ذلك أصبح مهددا فى حيازته بحيث يعكر صفاء هذه الحيازة احتمال انتزاعها منه عنوة واضطراره فى أى وقت لأن يواجه هذا الاحتمال ولأن يدفع القوة بالقوة (٣) .

— التعدى الذى يقع فى أثناء الحيازة ويمنع الحائز لا يشوب تلك الحيازة التى تظل هادئة رغم ذلك . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد جرى على أن هناك نزاعاً أو تعكيراً متواصلاً للحيازة دون أن يبين متى بدأ هذا التعكير ، وهل كان مقارناً لبداية الحيازة أو تألياً لبدئها ، وأثره فى استمرار الحيازة ، فإنه يكون قد شابه قصور يستوجب نقضه (نقض مدنى ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٠ ص ٥٢٨ — وانظر أيضاً نقض مدنى ١٧ يونيو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٢ ص ٧٧٣) .

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣٣ — بودرى وتيسيه فقرة ٢٥١ وفقرة ٢٥٤ ص ٢٠١ — ص ٢٠٢ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧١ — ص ١٧٢ .
(٢) نقض مدنى ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٠ ص ٥٢٨ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه .

(٣) نقض فرنسى أول أبريل سنة ١٨٤٨ سيريه ٤٩ — ١ — ٤٤٩ — ١٠ مايو سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٥ — ١ — ٤١٢ — ٢٦ أغسطس سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ — ١ — ١٥٩ — ترولون فقرة ٣٥٠ ص ٤١١ وص ٤١٨ — ماركاديه المادة ٢٢٢٩ فقرة ٤ — لوران فقرة ٢٨٠ — بفتوار ص ٢٠٨ — جيوار فقرة ٤٥٣ .

ولكن أصحاب هذا الرأي يقتربون كثيراً من الرأي الأول بادخال تحفظين على رأيهم : (١) فعندهم أنه لا يعكّر من صفو الحياة ولا يجعلها مشوبة بعيب الإكراه أن يضطر الدائن ، في أثناء حيازته ، إلى الإكراه السلبي (violence passive) ، فيتحمل العنف الصادر من الغير ويستبقى الحياة مع ذلك دون أن يدفع هذا العنف بالقوة . وحجتهم في ذلك أنه لا يجوز التسليم بأن عملاً يصدر من الغير لا يتحمل الحائز تبعته ، ويكون من شأن هذا العمل أن يجعل الحياة معيبة . (٢) وحتى لو اضطر الحائز إلى الإكراه الإيجابي (violence active) ودفع عن حيازته القوة بالقوة ، فإن أعمال الإكراه الصادرة من الغير لا يكون من شأنها أن تعيب الحياة إذا كانت أعمالاً قد ارتكبت من بعيد (de loin en loin) . فهذان التحفظان يؤديان إلى القول بأن أعمال العنف الواقعة على الحياة بعد استفرارها ، سواء قوومت مقاومة سلبية أو قوومت مقاومة إيجابية ، لا يكون من شأنها أن تشوب الحياة بعيب الإكراه ، فالإكراه إذن لا يعتد به إلا إذا كان الحائز نفسه هو الذي ارتكبه للحصول على الحياة ابتداءً (١) .

٢٨٣- عيب الإكراه أو عدم الهدوء عيب نسبي لا يكون له أثر إلا قبل من وقع عليه الإكراه : وعيب الإكراه أو عدم الهدوء ، كعيب الخفاء أو

عدم العلانية ، وبخلاف عيب عدم الاستمرار أو التقطع ، عيب نسبي (vice relatif) ، وتقول ذلك صراحة المادة ٩٤٩/٢ مدني فما رأينا (٢) . فاذا انتزع شخص من آخر حيازة عين بالإكراه ، كانت حيازة

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧٢ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٧٨ - مارتق ورينو فقرة ٢٢ - ومهما يكن من أمر ، فإن مجرد المنازعة القضائية لاينفي قانوناً صفة الهدوء عن الحياة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اعتبر الحكم أن صفة الهدوء الواجب توافرها لكسب الملكية بالتقادم قد زالت عن الحياة لمجرد أن منازع الحائز رفع عليه الدعوى باسترداد حيازة العين ثم رفع الدعوى باستحقاقها ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (نقض مدني ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٦ رقم ٤) . ومن باب أولى مجرد توجيه إنذار إلى الحائز من منازعه لاينفي قانوناً صفة الهدوء عن الحياة (نقض مدني ١٧ يونيو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض النقض ١٦ رقم ١٢٢ ص ٧٧٣) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ : إذا اقترنت (الحياة) بالإكراه . . . فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه . . . (م ٩٤٩-٢ مدني) .

منتزع الحيازة مشوبة بعيب الإكراه بالنسبة إلى الشخص الآخر الذى انتزعت منه الحيازة وحده . وبالنسبة إلى هذا الشخص الآخر وحده ، لا يستطيع منتزع الحيازة أن يحتج بحيازته للتملك بالتقادم إلا إذا انقطع الإكراه ومن وقت انقطاعه . وكذلك لا يستطيع أن يلجأ إلى دعاوى الحيازة إلا إذا انقطع الإكراه كذلك . وحتى لو انقطع الإكراه فإن من انتزعت منه الحيازة يستطيع أن يستردها فى خلال السنة التالية لانتزاعها منه طبقاً لقواعد دعوى استرداد الحيازة التى سيأتى بيانها .

فاذا كان الشخص الذى انتزعت منه الحيازة ليس هو المالك ، لم يجوز للمالك أن يحتج على منتزع الحيازة بعيب الإكراه ، لأن المالك ليس هو الذى وقع عليه الإكراه ، وعيب الإكراه كما قدمنا عيب نسبي لا يحتج به إلا من وقع عليه الإكراه . وعلى ذلك يجوز لمنتزع الحيازة فى هذه الحالة أن يحتج بحيازته على المالك باعتبارها خالية من عيب الإكراه ، فيحمى هذه الحيازة منه بدعاوى الحيازة كما يستطيع أن يملك ضده بالتقادم (١) .

٢٨٤- زوال عيب الإكراه بانقطاع الإكراه : وكما يزول عيب عدم استمرار الحيازة إذا هى تحولت إلى حيازة مستمرة ، ويزول عيب الخفاء بظهور الحيازة ، كذلك يزول عيب الإكراه بانقطاع الإكراه . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٩٤٩/٢ مدنى ، إذ تقضى كما رأينا (٢) بأنه إذا اقترنت الحيازة بالإكراه لم يكن لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه إلا من الوقت الذى يزول فيه هذا العيب . وزوال العيب هنا يكون بانقطاع الإكراه .

(١) نقض فرنسى ٢٦ أغسطس سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ١ - ١٥٩ - ماركاديه المادة ٢٢٣٤ فقرة ٤ - هيك ١٤ فقرة ٣٥٠ - جيوار فقرة ٤٥٦ - بفرنوار ص ٤٠٩ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣٤ - ص ١٣٥ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧٢ - ص ١٧٣ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٧٨٠ - كولان وكاييتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١١٧١ ص ٩٥٣ .

وهناك رأى يذهب إلى أن عيب الإكراه عيب مطلق يجوز لكل ذى مصلحة أن يحتج به ، ولا يقتصر جواز الاحتجاج به على من وقع عليه الإكراه وحده . والقائلون بهذا الرأى (لوران فقرة ٢٨٥ - كوليه دى سانتير ٨ فقرة ٣٣٩ مكررة ٦) هم القائلون بأن عيب الخفاء عيب مطلق ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٢٨٠) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ - وأنظر بودرى وتيسيه فقرة ٢٥٢ .

فاذا انتزع شخص حيازة عين بالإكراه ، كانت حيازته مشوبة بعيب الإكراه مادام الإكراه قائما وما دام الحائز مستبقيا العين في حيازته بالإكراه . فاذا ما انقطع الإكراه ، واستقرت الحيازة لمتزعاها ، فان عيب الإكراه يزول . فيجوز لمتزع الحيازة بعد زوال الإكراه أن يحمي حيازته بدعوى الحيازة وأن يملك بالتقادم ، بالنسبة إلى الشخص الذى انتزع منه الحيازة وبالنسبة إلى أى شخص آخر ولو كان هو المالك الحقيقى للعين (١) .

ويلاحظ مع ذلك أن الشخص الذى انتزعت منه الحيازة بالإكراه له أن يستردها في خلال سنة من وقت إنتزاعها منه بدعوة استرداد الحيازة (٢) ، وفقا للقواعد المقررة في هذه الدعوى والتي سيأتى بيانها .

العيب الرابع - الغموض أو اللبس :

٢٨٥ - معنى الغموض أو اللبس : قد تكون الحيازة مستمرة وظاهرة

وهادئة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، فتخلو من عيوب عدم الاستمرار والخفاء والإكراه ، ولكن مع ذلك يشوبها عيب الغموض أو اللبس . وتكون الحيازة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس إذا هى اشتبه أمرها فيما يتعلق بعنصر القصد ، أحد عنصرى الحيازة المتقدم ذكرهما . ويشته أمر الحيازة فيما يتعلق بعنصر القصد إذا احتملت معنيين ، معنى أن الحائز يحوز لحساب نفسه خاصة ومعنى أنه يحوز لحساب غيره أو لحساب نفسه وحساب غيره معاً .

(١) ولاتصير الحيازة معيبة بعيب الإكراه بعد ذلك ، حتى لو اضطر الحائز إلى دفع الاعتداء عنها ولو بالقوة (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣٤ وهامش ٢٦ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٥٣) - ولم يكن هذا هو الحكم في القانون الرومانى ، فقد كان هذا القانون يقضى بأن عيب الإكراه لا يزول إلا إذا رجعت العين إلى حيازة الشخص الذى انتزعت منه الحيازة بالإكراه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧٢) .

(٢) فإذا لم يستردها في خلال السنة ، أنتجت الحيازة آثارها ومنها جواز التملك بالتقادم ، وذلك بأثر رجعى من وقت استيلاء متزع الحيازة على العين وصيرورة حيازته هادئة (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣٤ وهامش ٢٦ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٥٢ ص ٢٠٠) .

وهناك مثلان يقدمان عادة للحيازة التي يشوبها عيب الغموض أو اللبس (١) :

(المثل الأول) شخص يموت ويوجد في منزله أشياء — كجواهرات أو أثاث أو أوراق مالية أو منقولات أخرى — تكون في حيازة زوجته ، أو وارث يعيش معه ، أو رفيقة يعاشرها ، أو خادم ، أو أحد من أتباعه ممن يعيشون معه . فالمعاشرة وحدها قد لا تكفي لتعيب الحيازة ، ولكنها قد تشوب الحيازة بعيب الغموض إذا التبس الأمر وكانت حيازة أحد من هؤلاء ممن كانوا يعيشون مع الميت تحتل أن تكون حيازة لحساب نفسه أو أن تكون حيازة لحساب الميت بحكم المعاشرة . فاذا احتج الحائز بهذه الحيازة ، أمكن القول إنها حيازة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس ، ومن ثم لا تنتج آثارها . (المثل الثاني) أن تكون هناك عين شائعة ، فيحوزها أحد الشركاء في الشيوع . وقد يتمسك هذا الشريك بأنه قد حاز العين لحساب نفسه خاصة ، ولكن أعمال الحيازة المادية التي يأتيها في العين تكون من قبيل الأعمال التي يأتيها الشريك في الشيوع ، وأعمال الشريك في الشيوع هي نفس أعمال المالك ملكية مفرزة ، ولكن يأتيها الشريك بنيه أنه يوجد غيره معه يشاركه في الملك . فهنا يقدم اللبس في حيازة الشريك في الشيوع للعين الشائعة إذا تمسك بأنه يحوز العين لحسابه خاصة ، إذ هي حيازة تحتل هذا المعنى كما تحتل معنى أن الشريك يحوز لحساب نفسه ولحساب غيره من الشركاء في الشيوع (٢) .

(١) أنظر في أمثلة أخرى بودرى وتيسيه فقرة ٢٨٩ ص ٢٢٥ — مازو وفترة ١٤٤٠ ص ١١٦٢ .

(٢) أنظر استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٣٥ — ٢٠ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٤١ — ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٦٠ — ١٣ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٢٠ — ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٩٣ — ٣ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٠٤ — ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٩ — ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣١ — ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٥ — أول أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٨٠ — ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٢ — ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٧ — ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٦٢ — أول أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٩٦ — ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٢ — ٢٩ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٦٢ — استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة رقم ٢٨٨ ص ٣٢٤ — ١٥ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة رقم ١٠٤٤ ص ١٤٤ — ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة رقم ٣٧٤ ص ٥٦٤ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دفع الغير العوايد لا ينبغي عليه جعل حيازة واضع اليد على أرض ما غامضة ، ولا يمنع التقادم المكسب الحاصل لمصلحته ، إلا إذا ثبت أن واضع اليد كان عالماً بذلك (استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ١٤) .

فتكون الحيازة في هذه الحالة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس ، ومن ثم لا تنتج آثارها (١) .

ونرى من ذلك أن عيب الغموض أو اللبس ينصب على عنصر القصد في الحيازة كما سبق القول ، ولا يختلط بغيره من العيوب الأخرى للحيازة . ولكن هناك رأياً يذهب إلى أن عيب الغموض ليس بعيب مستقل ، بل هو يختلط بالعيوب الأخرى . إذ هو في هذا الرأي يتناول ما تقدم ، ويشمل أيضاً أن يكون خلو الحيازة من العيوب الأخرى ، عيب عدم الاستمرار وعيب الخفاء وعيب الإكراه ، غير ثابت ثبوتاً تاماً ، بل إن فيه شيئاً من اللبس ، فتكون الحيازة مشوبة بعيب الغموض (٢) . ولكن بحسن الوقوف عند الرأي

(١) أنظر في غموض الحيازة في هذين المثليين : بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٧ ص ١٧٤ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٧٨٤ - كولان وكاييتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١١٧٣ - وانظر في غموض حيازة العين الشائعة بودري وتيسييه فقرة ٢٩٠ - فقرة ٢٩٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأن الحصة الشائعة في عقار كالنصيب المفرز من حيث إن كليهما يصح أن يكون محلاً لأن بحوزه حائز على وجه التخصيص والانفراد . ولا فارق بين الاثنين إلا من حيث إن حائز النصيب المفرز تكون يده بريئة من المخالطة ، أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتاعين . والمخالطة ليست عيباً في ذاتها ، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وإبهام . فإذا اتفق المشتاعون ووقف كل منهم في ممارسته لحيازته عند حصته مراعيًا حصة غيره ، كما لو اغتصب اثنان فأكثر عقاراً وحازوه شائعاً بينهم جاعلين لكل منهم فيه حصة ، جاز أن يملكوه بالتقادم سواء اشتركوا في حيازته المادية أو نأب في هذه الحيازة بعضهم عن بعض . هذا إذا لم يكن للمالك العقار يد عليه وخلصت الحيازة لخاصيه . أما إذا كان للمالك يد على العقار ، فالفرض أن اجتماع يده مع يد الغير يؤدي إلى مخالطة من شأنها أن تجعل يد هذا الغير غامضة ، فضلاً عن إمكان حمل سكوت المالك على حمل التسامح (نقض مدني ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٦ رقم ٧ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية قديماً بأن وضع يد أرشد العائلة على الأطيان العائلية بصفته مديراً لها لا يكسبه الملكية بمضي المدة الطويلة (استئناف وطني ٣١ مايو سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٢٨٠-٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ الحقوق ١١ ص ٢٧٣ - ٢١ مارس سنة ١٨٩٦ الحقوق ١٤ ص ٣٥ - ٢٠ يناير سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ١٨٥ - ١٠ مايو سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ١٩٠) . وتأكد هذا المبدأ بعد ذلك : استئناف مصر ٦ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٠٧ ص ٢٣٧ - وانظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٨٧ - ١٢ يونيو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٧ .

(٢) أنظر في هذا المعنى بودري وتيسييه فقرة ٢٨٧ - فقرة ٢٨٨ .

الأول ، والقول بأن عيب الغموض عيب مستقل ، وبأنه ينصب على عنصر القصد وحده ، ولا يختلط بالعيوب الأخرى للحيازة . أما الرأي الآخر فيخلط بين خلو الحيازة من العيوب وبين درجة إثبات خلوها منها ، فان كان هذا الخلو ثابتاً ثبوتاً تاماً لم تكن الحيازة مشوبة بعيب الغموض ، أما إذا لم يكن ثابتاً ثبوتاً تاماً فانها تكون مشوبة بهذا العيب . وهذا لا يجعل لعيب الغموض معنى ، وإذا أخذنا به كان الأولى عدم ذكر الغموض كعيب في الحيازة ، والاقتصار على القول بأن خلو الحيازة من العيوب يجب أن يكون ثابتاً ثبوتاً تاماً . ومثل هذا القول لا وزن له ، إذ أنه من البديهي ، إذا اشترط القانون خلو الحيازة من العيوب ، أن يكون هذا الخلو ثابتاً ثبوتاً تاماً . شأنه في ذلك شأن أى أمر آخر يتمسك به الخصم ويكون عليه عبء إثباته (١) .

٢٨٦ - عيب الغموض أو اللبس عيب نسبي لا يكون له أثر إلا قبل

من التبس عليه الأمر : وعيب الغموض أو اللبس ، كعيب الخفاء وعيب الإكراه ، وبخلاف عيب عدم الاستمرار ، عيب نسبي (vice relatif) وتقول ذلك صراحة المادة ٩٤٩/٢ فيما رأينا (٢) ، فلا يكون له أثر إلا قبل من التبس عليه أمر الحيازة من حيث عنصر القصد .

ففي المثل الذي قدمناه عن الحيازة الغامضة عند الزوجة والوارث والخادم والتابع ممن كانوا يعيشون مع الميت في مسكن واحد ، لا يكون لعيب الغموض من أثر إلا قبل ورثة الميت الآخرين ، فلا يحتاج عليهم بهذه الحيازة الغامضة ، ولكن يحتاج بها على غير ورثة الميت . وفي المثل الآخر ، وهو الحيازة الغامضة عند الشريك في الشيوع ، لا يكون لعيب الغموض من أثر إلا قبل الشركاء الآخرين في الشيوع ، فلا يحتاج عليهم بهذه الحيازة الغامضة (٣) ، ولكن

(١) لوران ٣٢ فقرة ٢٩٠ وما بعدها - بفتوار ص ٢٦٥ وما بعدها - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٧ - مارتى ورينو فقرة ٢٤ - وانظر نقص فرنسي ١٤ مايو سنة ١٩٦٢ Bull. civ. فقرة ١٢٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ .

(٣) استئناف وطني ٣١ أغسطس سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٣٥٧ - ٣ مارس سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٢٦ ص ١٥٧ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٩٢ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ١٤٥ - ١١ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ٢٦٢ - ٢ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٠١ ص ٩٤ - ٢٣ يناير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢٢٢

يحتج بها على غير هؤلاء الشركاء (١) .

٢٨٧ - زوال عيب الغموض بانتفاء اللبس : وكما يزول عيب عدم

استمرار الحيازة إذا هي تحولت إلى حيازة مستمرة ، ويزول عيب الخفاء بظهور الحيازة ، ويزول عيب الإكراه بانقطاع الإكراه ، كذلك يزول عيب الغموض بانتفاء اللبس ، ومن وقت هذا الانتفاء . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٢/٩٤٩ مدني ، إذ تقضي كما رأينا (٢) بأنه إذا شاب الحيازة لبس أو غموض لم يكن لها أثر قبل من التبس عليه أمرها إلا من وقت أن يزول هذا العيب وينتفي اللبس أو الغموض .

فإذا كانت حيازة الوارث أو من يعيش مع الميت حيازة غامضة ، أو كانت حيازة الشريك في الشيوع حيازة غامضة ، ظلت الحيازة في كل من الحالتين على غموضها ، إلى أن ينتفي اللبس ، ويزول الغموض . وينتفي اللبس ويزول الغموض ، إذا عمد الحائز الذي يشوب حيازته الغموض إلى التصرف في العين تصرفاً يظهر بجلاء وفي غير لبس أو غموض أنه إنما يحوز العين لحساب نفسه خاصة ، وأنه أصبح واضحاً أنه لا يحوزها لحساب غيره أو لحساب نفسه وغيره معاً .

ولا يشترط في ذلك تغيير صفة الحيازة بأحد السببين اللذين تتغير بهما صفة الحيازة العرضية فتتحول إلى حيازة أصيلة ، وهما فعل من الغير أو فعل يصدر من الحائز يعارض به حق المالك (٣) ، فإن الحيازة الغامضة غير الحيازة العرضية ، والمقصود هو إزالة الغموض لا تحويل حيازة عرضية إلى حيازة

رقم ١٧٢ ص ١٥٥ - وتسقط قرينة أن الشريك وضع يده كشريك ، وتصبح الحيازة غير غامضة إذ تتمحض لحساب هذا الشريك خاصة ، إذا هو قام بأعمال تنافي حقوق بقية الشركاء (استئناف وطني ٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٢١ ص ٤٥ - ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٤ ص ١٦٤) .

(١) أنظر عكس ذلك وأن عيب الغموض عيب مطلق لانسي : مازو فقرة ١٤٤٣ - وانظر في أن الغموض يهدم الحيازة من أساسها إذ ينفي عنصر القصد ، وليس بمجرد عيب يشوب الحيازة : بيدان فقرة ٦٧٩ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٧٦ ص ١٢٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٢ .

أصلية^(١) . لذلك يكفي في زوال عيب الغموض أو اللبس أن يكون تصرف الحائز بحيث يستخلص منه في وضوح أنه إنما يحوز لحساب نفسه خاصة ولا يحوز لحساب غيره . فيستأثر مثلاً من كان يعيش مع الميت بما في حيازته من المنقولات ، بأن يعلن أنها له وحده وليس للميت أى حق فيها ، أو أن يقرر في قائمة الجرد أن هذه المنقولات هي ملكه ويجب استبعادها من قائمة الجرد . ويستقل حائز العين الشائعة بحيازتها فلا يشاركه في هذه الحيازة أحد غيره من الشركاء ، وإذا حاول شريك أن يفعل منعه من ذلك . فهنا يظهر في غير لبس ولا غموض أن الحائز يحوز لحساب نفسه خاصة ، ويزول بذلك عيب الغموض أو اللبس ، وتصبح الحيازة صالحة لإنتاج آثارها . ولكن يجب أن تصدر من الحائز أعمال ظاهرة صريحة في أنه إنما يحوز لحساب نفسه خاصة ، وتعارض هذه الأعمال مع أية حيازة أخرى يمكن أن تخالط حيازته^(٢) .

§ ٣ - الحيازة بحسن نية والحيازة بسوء نية

(Possession de bonne foi et possession de mauvaise foi)

٢٨٨ - نصوص قانونية : تنص المادة ٩٦٥ مدنى على ما يأتى :

- ١ - يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير ، إلا إذا كان الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم .
 - ٢ - فإذا كان الحائز شخصاً معنوياً ، فالعبرة بنية من يمثله .
 - ٣ - وحسن النية يفترض دائماً ، ما لم يقيم الدليل على العكس .
- وتنص المادة ٩٦٦ مدنى على ما يأتى :
- ١ - لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذى يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداء على حق الغير .
 - ٢ - ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى ، ويعد سىء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٩٣ ص ٢٢٨ .

(٢) استئناف وطنى ٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٢١ ص ٤٥ - ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٤ ص ١٦٤ (وقد سبقت الإشارة إلى هذين الحكيمين) - نقض فرنسى ٩ ديسمبر سنة ١٨٥٦ داللو ٥٦ - ١ - ٣٤٨ - لوران فقرة ٢٩٢ - بفنوار ص ٢٧٢ وص ٢٧٦ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٩٣ ص ٢٢٨ .

وتنص المادة ٩٦٧ مدني على ما يأتي :

« تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها ، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك » (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى (٢) : في التقنين المدني السوري

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٦٥ : ورد هذا النص في المادة ١٤١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
« ١ - يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير ، إلا إذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم فيعتبر حائزاً بسوء نية . ٢ - فإذا كان الحائز شخصاً معنوياً ، فالعبرة بحسن أو سوء نية من يمثله . ٣ - وحسن النية يفترض دائماً ما لم يقيم الدليل على العكس » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٠ في المشروع النهائي ، بعد إدخال تعديل لفظي « يجعل المعنى أوضح وأدق » . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٧ ، بعد استبدال عبارة « فالعبرة بنية من يمثله » بعبارة « فالعبرة بحسن نية من يمثله أو بسوءها » . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٥ ، بعد استبدال كلمة « الحق » بكلمة « الشيء » وحذف عبارة « فيعتبر حائزاً بسوء نية » الواردة في الفقرة الأولى لأنها مفهومة من غير نص (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٥ - ص ٤٨٦) .

م ٩٦٦ : ورد هذا النص في المادة ١٤١٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه من التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٨ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية ، تحت رقم ٩٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٧ - ص ٤٨٨) .

م ٩٦٧ : ورد هذا النص في المادة ١٤١٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٨ - ص ٤٩٠) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٦٩ - ٩٧١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٤٨ : ١ - يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير . وحسن النية يفترض دائماً ، ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك . ٢ - ولا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداء على حق الغير . ويعد كذلك سوء النية من اغتصب الحيازة من غيره بالإكراه ، ولو اعتقد أن له حقاً في الحيازة . ٣ - وتبقى الحيازة محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها ، ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك . (والتقنين العراقي في مجموعه يتفق مع التقنين المصري . وهناك خلاف في بعض التفاصيل : لم يذكر التقنين العراقي ، كما ذكر التقنين المصري ، أن الخطأ الجسيم يكون بمثابة سوء النية ، في الفقرة الأولى من المادة ١١٤٨ منه . ولم يذكر ، كما ذكر التقنين المصري ، أن الحائز يصبح سوء النية من وقت إعلان صحيفة الدعوى إليه بعبوب الحيازة ، في الفقرة الثانية من المادة ١١٤٨ منه) .

قانون الملكية المقارية اللبناني لا مقابل .

لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٦٩ - ٩٧١ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٨ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .
وتخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن الحيازة قد تكون بحسن نية أو بسوء نية . ونبحث ، في صدد هذه النصوص وتمييزها بين حسن النية وسوء النية في الحيازة ، المسائل الآتية : (١) أهمية التمييز بين حسن النية وسوء النية في الحيازة . (٢) متى يعتبر الحائز حسن النية . (٣) حسن النية يفترض دائماً . (٤) متى يعتبر الحائز سيء النية . (٥) إثبات سوء النية في الحيازة . (٦) متى يعتبر الحائز سيء النية ولو كان يعتقد أن له حقاً في الحيازة . (٧) احتفاظ الحيازة بصفقتها حتى يقوم الدليل على العكس . (٨) صفة الحيازة بعد انتقالها إلى خلف عام أو إلى خلف خاص .

٢٨٩- أهمية التمييز بين حسن النية وسوء النية في الحيازة : ليس للتمييز

بين حسن النية وسوء النية في الحيازة أهمية في دعاوى الحيازة ، إذ يستوى في الالتجاء إليها أن يكون الحائز حسن النية أو سيء النية . ولكن هذا التمييز له أهمية بالغة في أحوال أخرى ، نذكر منها خاصة ما يأتي :

- (١) عند استرداد الحائز من المالك المصروفات النافعة التي يكون قد أنفقها على العين ، يختلف الحكم فيما إذا كان الحائز حسن النية عما إذا كان سيء النية (م ٩٨٠/٢ مدني) وسنرى تفصيل ذلك فيما سيأتي (١) .
- (٢) في مسئولية الحائز عن هلاك العين التي كانت في حيازته ، يجب التمييز بين الحائز حسن النية والحائز سيء النية ، فإن حكم أحدهما يختلف عن حكم الآخر (م ٩٨٣ - ٩٨٤ مدني) . وسنبين ذلك تفصيلاً فيما سيأتي (٢) .
- (٣) في اعتبار الحيازة سبباً للتملك ، يختلف حكم الحيازة بحسن نية اختلافاً بينا عن حكم الحيازة بسوء نية . ويظهر ذلك فيما يأتي :
- (أ) إذا كان الحائز سيء النية ، فإنه لا يملك بالتقادم ، كلا من العقار والمنقول ، إلا بانقضاء خمس عشرة سنة ، وهذا هو التقادم الطويل (٣) .
- (ب) إذا كان الحائز حسن النية ، فإنه يملك العقار بالتقادم القصير أي بخمس سنوات إذا كان لديه سبب صحيح كما سيأتي (٤) .
- (ج) وكذلك ، إذا كان حسن النية ، يملك المنقول في الحال بمجرد الحيازة ، إذا كان لديه سبب صحيح ، كما سيأتي (٥) .

(١) أنظر مايلي فقرة ٣٥٦ . (٢) أنظر مايلي فقرة ٣٦٠ - فقرة ٣٦٢ .
(٣) أنظر مايلي فقرة ٣٦٥ وما بعدها . (٤) أنظر مايلي فقرة ٤١٧ وما بعدها .
(٥) أنظر مايلي فقرة ٤٣٥ وما بعدها .

(د) ويتملك أخيراً ، إذا كان حسن النية ، الثمار بمجرد قبضها ، وسيأتي بيان ذلك (١) .

٢٩٠ - متى يعتبر الحائز حسن النية : رأينا (٢) أن الفقرة الأولى عن

المادة ٩٦٥ مدني تنص على أنه « يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير ، إلا إذا كان الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم » . ويؤخذ من هذا النص أن الحائز لحق ، حق ملكية أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن حيازة أو حق مستأجر أو غير ذلك من الحقوق ، يعتبر حسن النية إذا كان يعتقد أن حيازته لهذا الحق لا تنطوي على اعتداء على حق للغير . وأقرب تطبيق لذلك هو أن يكون الحائز لحق الملكية يعتقد أنه هو المالك فيكون حسن النية في حيازته لحق الملكية سواء كان هو المالك فعلاً أو لم يكن ، وأن يكون الحائز لحق آخر غير حق الملكية يعتقد أنه هو صاحب الحق فيكون حسن النية في حيازته لهذا الحق سواء كان هو صاحبه أو لم يكن . فإذا اشترى شخص مثلاً عينا من شخص آخر معتقداً أنه هو المالك ، وتسلم العين من البائع ، فانه يحوز حق الملكية ، ويكون في حيازته إياه حسن النية ما دام يعتقد أنه قد اشترى من المالك ، وذلك سواء كان البائع مالكا حقيقة أو لم يكن . ويصح ، بدلاً من أن يشتري العين ، أن يرثها أو أن يوصى له بها أو أن تهب له أو أن يأخذها بالشفعة ، ففي جميع هذه الأحوال إذا تسلم العين فانه يعتبر حائزاً لحق الملكية بحسن نية ما دام يعتقد أن المورث أو الموصي أو الواهب أو البائع للمشتري الذي أخذ منه العين بالشفعة هو المالك ، سواء كان مالكا حقاً أو غير مالك . وكذلك إذا تعاقد مع شخص على ترتيب حق ارتفاق لمصلحة عقاره على عقار مملوك لهذا الشخص ، أو ارتهن منه مالا رهن حيازة ، أو استأجر منه عينا ، فانه يحوز حق الارتفاق أو حق رهن الحيازة أو حق المستأجر ، ويعتبر حائزاً حسن النية ما دام يعتقد أن الشخص الذي تعامل معه بملك نقل الحق إليه ، سواء كان هذا الشخص بملك فعلاً نقل الحق إليه أو لا يملك .

وهذا هو أقرب تطبيق لعبارة « يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير » كما قدمنا ، فما دام الشخص الذي يحوز الحق يعتقد أن هذا الحق له ،

(١) أنظر مايل فقرة ٤٦٠ وما بعدها .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

فلا شك في أنه « يجهل أنه يعتدى على حق الغير » . ولكن هذه العبارة أوسع من التطبيقات التي قدمناها . فقد يجهل الحائز أنه يعتدى على حق الغير . ولكنه مع ذلك يعلم أن الحق الذي يحوزه ليس له . وأقرب مثل لذلك نجده في الاستيلاء ، فقد يعتقد شخص أن منقولاً معيناً غير مملوك لأحد ، فيحوزه قاصداً أن يملكه بالاستيلاء . فإذا كان المنقول ليس مالا مباحا بل هو مملوك لشخص آخر . فإن الحائز للمنقول يكون جاهلاً أنه في حيازته لهذا المنقول يعتدى على حق الغير . ولكنه مع ذلك يعرف عند حيازته إياه أنه غير مملوك له . ففي هذه الحالة أيضاً يكون حائزاً للمنقول وهو حسن النية ، مادام لا يعلم أن المنقول مملوك لأحد . ومن هنا نرى أنه ليس من الضروري . في جهل الحائز أنه يعتدى على حق الغير ، أن يعتقد أن الحق الذي يحوزه هو حق مملوك له . والمهم . في حسن نية الحائز ، أنه يجهل أنه يعتدى على حق الغير . وليس من الضروري أن يعتمد أن الحق مملوك له . ومتى جهل الحائز أنه يعتدى على حق الغير . فإنه يعتبر في الأصل حائزاً حسن النية . ومع ذلك قد يكون . في جهله أنه يعتدى على حق الغير ، ارتكب خطأ جسيماً . فقد يكون . في شرائه العين من غير مالك مثلاً . في استطاعته أن يعلم بحقيقة الأمر لو أنه بذل أقل جهد في التحري عنه . ومع ذلك يقدم على الشراء في رعونة ودون مبالاة . فإذا حاز العين التي اشتراها من غير المالك . فإنه يكون قد ارتكب خطأ جسيماً في جهله أنه بحيازته هذه يعتدى على حق الغير . ذلك بأن الخطأ الجسيم يلحق بسوء النية . فسوء النية أمر عسير الإثبات إذ هو يتعلق بالنوايا الخفية . فيؤخذ الخطأ الجسيم قرينة عليه وتكون القرينة هنا غير قابلة لإثبات العكس (١) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « يفرض في الحائز أنه حسن النية ، أي يعتقد أنه يملك الحق الذي يحوزه ويجهل أنه يعتدى بحيازته على حق الغير ، على ألا يكون خطأه في هذا الجهل جسيماً ، فإن الخطأ الجسيم يلحق بسوء النية ، تسهلاً للإثبات في مسائل معقدة تتعلق بالنوايا الخفية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٩) .

ويخلص بما تقدم أنه حتى يعتبر الحائز حسن النية يجب نوافر عنصرين ، أحدهما ذاتي والآخر موضوعي . فالعنصر الذاتي هو أن يكون الحائز جاهلاً أنه يعتدى على حق الغير ، فأى شك يخلج في صدره أنه قد يكون معتدياً على حق الغير يهدم هذا العنصر الذاتي ، ويجعل الحائز سىء النية . والعنصر الموضوعي هو أن يكون الحائز ، في جهله أنه يعتدى بحيازته على حق=

وإذا كان الحائر شخصاً معنوياً كجمعية أو شركة ، فلما كان لا يمكن أن يكون للشخص المعنوي نية كالشخص الطبيعي ، فقد جعل القانون العبرة بنية من يمثل هذا الشخص المعنوي ، من مدير أو مفوض أو غير ذلك . فإذا كانت نية هذا الشخص الطبيعي حسنة على الوجه المبين فيما قدمناه ، كان الشخص المعنوي نفسه حسن النية ، وإلا فهو سيء النية . وتنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٥ مدني ، كما رأينا (١) ، في هذا الصدد على ما يأتي : « فإذا كان الحائر شخصاً معنوياً ، فالعبرة بنية من يمثله » .

ويخلص من ذلك أن الحائر يكون حسن النية إذا لم يعلم ، وكان لا يستطيع أن يعلم ، أنه في حيازته هذه قد اعتدى على حق الغير .

٢٩١ - حسن النية يفترض دائماً : ولا يطلب من الحائر أن يثبت حسن نيته ، فالمفروض أصلاً أنه حسن النية ، إلى أن يثبت خصمه العكس . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٥ مدني ، كما رأينا (٢) ، على ما يأتي : « وحسن النية يفترض دائماً ، ما لم يقم الدليل على العكس » .

والسبب في افتراض حسن النية في الحائر أن المشاهد في أغلب الأحيان أن الشخص الذي يحوز شيئاً يكون هو المالك له ، والذي يستعمل حقاً غير حق الملكية يكون هو صاحب هذا الحق . فافتراض القانون حسن النية في الحائر ، أخذاً بالغالب الراجح . وذلك إلى أن يثبت من يدعي أن الحائر سيء النية سوء نيته ، فيحمل هذا المدعي عبء إثبات سوء النية . مثل ذلك أن يرفع

= الغير لم يرتكب خطأ جسيماً ، إذ الخطأ الجسيم يقارن سوء النية ، فيجعل الحائر - وهو حسن النية ذاتياً - سيء النية موضوعياً . ومن هذا نرى أن أي شك يخالج الحائر يجعله سيء النية ، وحتى لو لم يخالجه أي شك بل كان على يقين تام من أنه لا يعتدي على حق الغير بحيازته ، فإن الخطأ الجسيم يهدم حسن نيته إذ أن هذا الخطأ هو بمثابة سوء النية . أنظر مع ذلك انتقاداً لنص التقنين الجديد (١/٩٦٥م) : جمال الدين زكي في رسالته في حسن النية في كسب الحقوق ص ٨٧ - ص ٨٨ (وعنده أن حسن النية لا يشتمل إلا على عنصر موضوعي هو انتفاء الخطأ *(absence de faute)* فالحائر يكون حسن النية إذا كان في اعتدائه بحيازته على حق الغير لم يرتكب أي خطأ ولو كان خطأ يسيراً . أما إذا ارتكب خطأ ولو يسيراً فانه ، يكون سيء النية ، حتى لو كان من الناحية الذاتية يجهل أنه يعتدي على حق الغير : رسالته المتقدم ذكرها ص ٤٠ - ص ٥٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

المالك الحقيقي على الحائز دعوى الاستحقاق مطالباً بإياه برد العين وبالثمار التي قبضها ، فيتمسك الحائز بأنه تملك الثمار بقبضها لأنه كان حسن النية في حيازته . ففي هذه الحالة لا يكلف الحائز باثبات حسن نيته لأن حسن النية مفترض في جانبه كما قدمنا ، وعلى المالك أن يثبت أن الحائز كان سيء النية حتى يستطيع أن يسترد منه الثمار . والمالك يثبت أن الحائز كان سيء النية بأن يثبت أنه كان وقت حيازته يعلم أو ينبغي أن يعلم بأنه يعتدى على حق ملكيته ، على الوجه الذي سنبينه فيما يأتي (١) .

هذا وافترض حسن النية في الحائز هو الأصل ، على أنه يجوز أن ينص القانون في حالة معينة على عدم افتراض حسن النية في الحائز وتكليفه هو بإثبات حسن نيته . مثل ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٩٥٥ مدني من أن « تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها ، على أنه إذا كان السلف سيء النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية ، جاز له أن يتمسك بحسن نيته » . فالمفروض هنا أن حائزاً ثبت سوء نيته ، وانتقلت حيازته إلى وارثه فأصبح هذا هو الحائز . ففي هذه الحالة لا يفرض القانون في الوارث أنه حسن النية ، بل إن الحيازة تنتقل إليه بالصفة التي كانت عليها عند المورث ، فيعتبر الوارث حائزاً سيء النية كما كان مورثه ، إلى أن يثبت هو حسن نيته . وستعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى فيما يأتي (٢) .

٢٩٢ - متى يعتبر الحائز سيء النية : يستخلص مما قدمناه أن الحائز

يعتبر سيء النية في حالتين :

(الحالة الأولى) إذا ثبت أن الحائز كان يعلم ، وهو يحوز الحق الذي يستعمله ، أن حيازته لهذا الحق اعتداء على حق الغير . فالسارق يعتبر حائزاً سيء النية للشيء المسروق ، لأنه وهو يسرقه يعلم أنه يعتدى على حق المالك . والمغتصب لمال الغير ، عقاراً كان هذا المال أو منقولاً ، يعتبر حائزاً سيء النية ، لأنه وقد اغتصب مال الغير قد علم أنه بعمله هذا قد اعتدى على حق هذا الغير . ومن وجد مالا ضائعاً فاستولى عليه لنفسه دون أن يبلغ عنه يعتبر

(١) انظر ما يلي فقرة ٢٩٣ .

(٢) انظر ما يلي فقرة ٣٠٠ .

حائزاً سىء النية ، لأنه يعلم أن هذا المال ليس له وأن هناك احتمالاً أن يكون له صاحب ، فهو يعلم إذن أن حيازته لهذا المال اعتداء على حق صاحبه فيما لو ظهر أن له مالكا . ومن أخفى شيئاً مسروقاً وهو يعلم بسرقة يعتبر حائزاً سىء النية ، لأنه يعلم أن حيازته لهذا المال اعتداء على حق مالكة . ومن جار على أرض الجار فأدخل جزءاً منها في أرضه يكون حائزاً سىء النية إذا كان يعلم أن هذا الجزء من الأرض ليس له ، لأنه يكون بحيازته إياه علماً بأنه يعتدى على حق الجار . ومن اشترى عيناً من بائع لا يملكها وهو يعلم ذلك . وتسلم العين . يكون حائزاً سىء النية ، لأنه يعلم بأن العين لم تنتقل ملكيتها إليه وأنه بحيازته إياها يعتدى على حق مالكة . ومن وجد في تركة مورثه عيناً يعلم أنها غير مملوكة للمورث . وأدخلها في التركة واستولى عليها . يكون حائزاً سىء النية ، لأنه يعلم بأنه يعتدى على حق مالك العين . فإذا كان يعتقد أن العين مملوكة لمورثه ولكن ثبت أن المورث كان سىء النية يعلم أن العين غير مملوكة له ، فإن الوارث يكون مع ذلك حسن النية ، ولكن حسن نيته في هذه الحالة لا يفترض ويجب عليه هو أن يثبت ، لأن الحيازة تنتقل إليه من مورثه على اعتبار أنها حيازة بسوء نية إلى أن يثبت أنه هو حسن النية (١) .

(الحالة الثانية) إذا ثبت أن الحائز . وإن كان لا يعلم بأن حيازته اعتداء على حق الغير . كان ينبغي عليه أن يعلم ذلك . فيكون جهله بأن حيازته اعتداء على حق الغير نتيجة لخطأ جسيم . وقد رأينا أن الجهل بالاعتداء على حق الغير لا يعتد به إذا كان نتيجة لخطأ جسيم . وأن الحائز في هذه الحالة يعتبر في حكم من يعلم بأن حيازته اعتداء على حق الغير . ومن ثم يكون حائزاً سىء النية (٢) . فمن تسلم شيئاً من شخص معروف بسوء السيرة وأنه قد أُلِف السرقه . وكان هذا الشيء ذا قيمة كبيرة بحيث يستبعد أن يكون مملوكاً لهذا الشخص . فانه يكون حائزاً سىء النية ، سواء اشترى الشيء أو ارتنه أو قبله وديعة عنده . ويرجع ذلك إلى أنه وإن لم يثبت بوجه قاطع أن الحائز يعلم أن الشيء مسروق ، إلا أنه كان يستطيع أن يعلم أنه مسروق لو أنه بذل أقل جهد في التحري عن

(١) أنظر م ١/٩٥٥ مدني وقد سبقت الإشارة إليها آنفاً فقرة ٢٩١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٠ في آخرها .

مصدر هذا الشيء ، فيكون جهله بأنه يعتدى على حق الغير نتيجة لخطأ جسم في جانبه . ومن جار على جزء من الأرض المجاورة لأرضه ، وكان من السهل عليه أن يتبين لو أنه بذل أقل جهد في التحرى أن هذا الجزء من الأرض هو لجاره وليس مملوكاً له ، يكون حائزاً سىء النية ، لأن جهله بأن حيازته اعتداء على حق الجار يرجع إلى خطأ جسم في جانبه .

وإذا كان الحائز في البداية حسن النية ، ثم علم بعد ذلك أن العين مملوكة للغير ، فانه يصبح سىء النية من وقت هذا العلم . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٦٦ مدنى ، كما رأينا (١) ، صراحة على ذلك إذ تقول : « لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذى يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداء على حق الغير » (٢) .

٢٩٣ - إنبات سوء النية في الحيازة : وقد قدمنا أنه يفترض في الحائز

أنه حسن النية ، وعلى صاحب الحق الذى يستعمله الحائز أن يثبت أن الحائز سىء النية . فعلى صاحب الحق إذن أن يثبت أن الحائز يعلم ، أو كان ينبغى أن يعلم ، أن حيازته اعتداء على حقه . ولما كان علم الحائز بذلك ، أو إمكان علمه به . واقعة مادية . فان صاحب الحق يستطيع إثبات هذه الواقعة بجميع طرق الإثبات . ويدخل في ذلك البيئة والقرائن .

ومن القرائن القانونية على علم الحائز أن يكون مورثه الذى نقل إليه الحيازة قد ثبت سوء نيته ، فيفترض قانوناً أن الوارث هو أيضاً مثل مورثه سىء النية يعلم أن العين غير مملوكة لمورثه . ولكن هذه القرينة . القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيستطيع الوارث أن ينقضها بأن يثبت أنه هو كان حسن النية خلافاً لمورثه ، وأنه كان يعتقد أن العين كانت مملوكة لمورثه (٣) . ومن القرائن القضائية على علم الحائز أيضاً أن يكون قد اشترى أرضاً معلومة الحدود ، ومع ذلك يجاوز هذه الحدود الظاهرة عند تسلمه الأرض من البائع .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وإذا أريد إثبات أن الحائز سىء النية ، وجب إقامة الدليل على أنه يعلم بأنه لا يملك الحق الذى يحوزه ، أو أنه كان يجهل ذلك ثم علم فزال حسن نيته (مجموعاً الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٩) .

(٣) أنظر م ١/٩٥٥ مدنى آنفاً فقرة ٢٩١ .

ومن القرائن القضائية على إمكان علم الحائر بأن الشيء مملوك لشخص آخر ما قدمناه من أن يشتري هذا الشيء من شخص معروف بسوء السيرة وقد أُلِف السرقه ، وأن الشيء كبير القيمة بحيث يستبعد أن يكون مملوكاً لهذا الشخص .

٢٩٤ - منى بهتير الحائز سىء النية ولو كان يعتقد أنه له حقاً فى

الحيازة : رأينا (١) أن الفقرة الثانية من المادة ٩٦٦ مدنى تنص على ما يأتى : « ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائر بعيوب حيازته فى صحيفة الدعوى ، ويعد سىء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره » . وبمخلص من هذا النص أن هناك حالتين يعتبر فيهما الحائر سىء النية ولو كان يعتقد أن له حقاً فى الحيازة :

(الحالة الأولى) إذا أعلن الحائر فى صحيفة الدعوى بأن الحق الذى يحوزه ليس له وطولب برده إلى صاحبه ، فمن وقت إعلان صحيفة الدعوى إلى الحائر متضمنة هذا المعنى يصبح الحائر سىء النية ، حتى لو كان يعتقد بالرغم من هذا الإعلان أن الحق الذى يحوزه هو له وأن المدعى مبطل فى دعواه . فلو ظهر حقاً أن المدعى مبطل فى دعواه وأن الحائر على حق فى اعتقاده بأن الحق الذى يحوزه هو له ، فلا تثار فى هذا الفرض مسألة سوء نية الحائر لأنه قد ثبت أن الحق هو حقه ، فلا يسترد منه المدعى شيئاً . أما إذا ظهر أن المدعى على حق فى دعواه وأن الحق الذى يستعمله الحائر ليس له ، فعندئذ يعامل الحائر كما لو كان سىء النية من وقت أن وصل إليه إعلان المدعى ، حتى لو أثبت أنه كان يعتقد أن له حقاً فى الحيازة بالرغم من هذا الإعلان كما سبق القول . ويترتب على ذلك بوجه خاص أنه يطالب برد جميع ثمار العين التى قبضها والتى قصر فى قبضها من وقت أن يصبح سىء النية ، أى من وقت وصول إعلان المدعى إليه على النحو الذى قدمناه . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٩٧٩ مدنى إذ تقول : « يكون الحائر سىء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سىء النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقته فى إنتاج هذه الثمار » ، وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

(٢) أنظر فقرة ٤٧١ .

ويلاحظ أن الحائز لا يطالب برد الثمرات إلا من وقت إعلان صحيفة الدعوى إليه ، ففي هذا الوقت فقط يمكن القول بأنه علم بما يوجه إلى حيازته من اعتراض ، بحيث لو كان هذا الاعتراض صحيحاً أمكن تبرير مطالبته برد الثمرات من وقت علمه بالاعتراض كما لو كان سيء النية . ولا يكفي في ذلك قيد الدعوى في قلم كتاب المحكمة وتقديم صحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملاً ، فإن المادة ٧٥ من تقنين المرافعات المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ إنما تعتبر « الدعوى قاطعة لمدة التقادم أو السقوط من وقت تقديم صحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملاً ، أما باقي الآثار التي تترتب على رفع الدعوى فلا تسري إلا من وقت إعلان المدعى عليه بصحيفتها » . ومن باقي الآثار التي تترتب على رفع الدعوى اعتبار الحائز سيء النية ، فلا يترتب هذا الأثر إلا من وقت إعلان الحائز فعلاً بصحيفة الدعوى (١) .

(١) وهناك مشروع لتنقيح تقنين المرافعات ، جاء في المادة ٦٢ منه أن « ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ، مالم ينص القانون على غير ذلك » . وتنص المادة ٦٧ من المشروع على أن « يقيد قلم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك ، بعد أن يثبت في حضور المدعى أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظرها في أصل الصحيفة وصورها . وعليه في اليوم التالي على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ، ورد الأصل إلى قلم الكتاب » . وتنص المادة ٦٨ من المشروع على أنه « على قلم المحضرين أن يقوم بإعلان صحيفة الدعوى خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه ، إلا إذا كان قد حدد لنظر الدعوى جلسة تقع في أثناء هذا الميعاد ، فعندئذ يجب أن يتم الإعلان قبل الجلسة . وذلك كله مع مراعاة ميعاد الحضور . . . » - ويستخلص من هذه النصوص أن الدعوى تعتبر مرفوعة من وقت إيداع صحيفة بقلم كتاب المحكمة ، وأن قلم الكتاب يسلم الصحيفة إلى قلم المحضرين في اليوم التالي على الأكثر من تاريخ إيداعها ، وأن قلم المحضرين يقوم بإعلانها خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه . وعلى ذلك تعتبر الدعوى مرفوعة قبل إعلان صحيفة إلى المدعى عليه بمدة قد تطول إلى ثلاثين يوماً ، ويترتب على ذلك أن رفع الدعوى ينتج آثاره القانونية قبل إعلان صحيفة . ونرى أنه ، إذا أصبح هذا المشروع قانوناً ، لا بد أن يستثنى الحكم القاضي بجعل الحائز في حكم سيء النية من بين الآثار التي تترتب على رفع الدعوى ، وتأخير هذا الأثر إلى يوم إعلان الحائز . بصحيفة الدعوى . والقول بغير ذلك يجعل الحائز في حكم سيء النية من وقت إيداع صحيفة الدعوى في قلم كتاب المحكمة ، أي قبل إعلانها للحائز بمدة قد تصل إلى ثلاثين يوماً وقبل أن يعلم الحائز فعلاً بالاعتراض الموجه إلى حيازته .

(الحالة الثانية) اذا اغتصب الحائز بالإكراه الحيازة من غيره . والذي يجعل الحائز سىء النية في هذه الحالة هو نفس اغتصاب الحيازة بالإكراه ، ولو كان يعتقد أن الحق الذي اغتصب حيازته هو حقه . وذلك بأنه حتى لو اعتقد أن الحق حقه ، فما كان ينبغي أن يغتصب حيازته بالإكراه ، بل كان الواجب أن يلجأ إلى الوسائل القانونية لاسترداده . أما وقد اغتصب حيازته بالإكراه ، فانه يعتبر حائزاً سىء النية ، وتجرى عليه أحكام الحيازة بسوء نية بوجه خاص فيما يتعلق بالمسئولية عن الهلاك ويوجب رد الثمار وذلك فيما لو ظهر أن الشيء الذي اغتصب حيازته بالإكراه ليس له . ولا يشفع له أن يثبت أنه كان يعتقد وقت اغتصاب الحيازة بالإكراه أن الشيء مملوك له ، إذ لا يجوز لأحد أن ينتصف لنفسه بنفسه (١) .

وبديهي أنه إذا اغتصب الحائز الحيازة بالإكراه وهو يعتقد أن الشيء مملوك له ، ثم ظهر أن الشيء مملوك له فعلاً ، فإن المدعى لا يرجع عليه بشيء ولا تثار مسألة سوء نية الحائز في هذه الحالة . وهذا لا يخل بما للحائز السابق الذي اغتصب منه الحيازة من حق في رفع دعوى استرداد الحيازة طبقاً لشروطها ، ولا يخل بحقه أيضاً في طلب تعويض عن الإكراه الذي وقع عليه طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية .

٢٩٥ - امتفاظ الحيازة بمفترها متى يقوم الدليل على العكس :

رأينا (٢) أن المادة ٩٦٧ مدني تنص على أن « تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك » . فاذا كسب شخص الحيازة وكان حسن النية - وحسن النية مفترض كما قدمنا - فانه يبقى حائزاً حسن النية ، إلى أن يثبت صاحب الحق سوء نيته على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم (٣) . وإذا ثبت أن الحائز سىء النية ، فانه يبقى حائزاً سىء

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « على أن حسن نيته (نية الحائز) يزول حتماً من وقت إعلانه في عريضة الدعوى بأنه لا يملك الحق الذي يحوزه ، وبعد كذلك سىء النية من اغتصب الحيازة من غيره بالإكراه حتى لو كان يعتقد بحسن نية أنه يملك الحق الذي اغتصب حيازته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٩) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٣ .

النية ، وتنتقل حيازته بصفقتها هذه إلى وارثه ، فيعتبر الوارث سىء النية مثل مورثه إلى أن يثبت أنه حسن النية (م ٩٥٥ / ١ مدنى) .

ويلاحظ أن الحيازة تتغير صفتها عما كانت عليه من قبل بمجرد إقامة الدليل على أن هذه الصفة قد تغيرت على الوجه السابق بيانه . فلا يشترط في تغير صفة الحيازة قيام أحد السببين اللذين تتغير بهما الحيازة العرضية فتتحول إلى حيازة أصيلة ، وهما فعل يصدر من الغير ومعارضة الحائز لحق المالك . ونرى من ذلك أنه لا يشترط قيام أحد هذين السببين إلا في تحول الحيازة العرضية إلى حيازة أصيلة ، أما في تغير صفة الحيازة من حسن النية إلى سوء النية أو بالعكس من سوء النية إلى حسن النية ، وفي زوال عيب من عيوب الحيازة كانقطاع الإكراه أو انتقاء الغموض ، فلا يشترط قيام أحد هذين السببين ، بل تكفى إقامة الدليل على تغير صفة الحيازة أو على زوال العيب .

٢٩٦ - صفة الحيازة بعد انتقالها إلى خلف عام أو إلى خلف خاص -

إمالة : وسرى أنه إذا انتقلت الحيازة إلى خلف عام . فإنها تنتقل إليه بالصفة التى كانت عليها عند السلف . أما إذا انتقلت إلى خلف خاص . فإنه يبتدىء حيازة جديدة يفترض فيها حسن النية كما هى القاعدة العامة . وذلك إلى أن يقوم الدليل على العكس .

وقد نصت المادة ٩٥٥ مدنى على هذه الأحكام . وسنعود إلى هذا النص فيما يأتى ، فنحيل هنا إلى ماسنقرره هناك ^(١) .

المطلب الثانى

انتقال الحيازة وزواها

§ ١ - انتقال الحيازة

(Transfert de la possession)

٢٩٧ - نصوص قانونية : تنص المادة ٩٥٢ مدنى على ما يأتى :

« تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك ، وكان فى استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة ، ولو لم يكن هناك تسليم مادى للشيء موضوع هذا الحق » .

(١) أنظر مايلى فقرة ٣٠٠ و فقرة ٣٠٦ .

وتنص المادة ٩٥٣ مدني على ما يأتي :

« يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة ، أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه » .

وتنص المادة ٩٥٤ مدني على ما يأتي :

« ١ - تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها » .

« ٢ - على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها ، وكان كلاهما حسن النية ، فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة » .

وتنص المادة ٩٥٥ مدني على ما يأتي :

« ١ - تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها ، على أنه إذا كان السلف سيء النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية ، جاز له أن يتمسك بحسن نيته » .

« ٢ - ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٥٢ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك ، وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الشيء أو الحق الذي ترد عليه الحيازة» . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٢٧ في المشروع النهائي ، بعد أن استبدلت كلمة «الواردة» بعبارة «الذي ترد» وبعد أن أضافت عبارة «ولولم يكن هناك تسلم مادي» في آخر النص «ليكون الحكم أوضح» . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٢٤ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت كلمة «الشيء» ، وأضيفت عبارة «الشيء موضوع هذا الحق» في آخر المادة ، وأصبح رقم النص ٩٥٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٧ - ص ٤٥٨) .

م ٩٥٣ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٨ - ص ٤٥٩) .

م ٩٥٤ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢٩ في المشروع -

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، فيما عدا المادة ٢/٩٥٥ مدني فيقابلها في التقنين المدني السابق المادة ١٠٣/٧٧ (١) .

وتقابل النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩١١ - ٩١٤ وفي التقنين المدني الليبي م ٩٥٦ - ٩٥٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٩ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٢٥٨ (٢) وتعرض النصوص سالفة الذكر لانتقال الحيازة من حائر إلى حائر آخر ، ويحسن أولاً تحديد معنى انتقال الحيازة في هذا الصدد .

= النهائي. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٦ . وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض على أن النص لم يورد لإحالتين من حالات التسليم وهما تسليم السندات المعطاة عن البضائع المهدود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن ، فأجيب على هذا الاعتراض بأن هاتين الحالتين لم تردا على سبيل الحصر وإنما هما المثلان الغالبان في العمل . ووافقت على النص تحت رقم ٩٥٤ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٠ - ص ٤٧١) .

م ٩٥٥ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٠ في المشروع النهائي . بعد تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً كل المطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٢ - ص ٤٦٤) .

(١) التقنين المدني السابق م ١٠٣/٧٧ : يجوز لواضع يده على العقار أو الحقوق العينية أن يضم لمدة وضع يده عليها مدة وضع يد من انتقل ذلك منه إليه . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩١١ - ٩١٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٥٦ - ٩٥٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٤٩ : ١ - تنتقل الحيازة للخلف العام بصفتها . على أنه إذا أثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية ، جاز له أن يتمسك بذلك ولو كان سلفه سيئ النية . ٢ - ويجوز للخلف ، عاماً كان أو خاصاً ، أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون من أثر .

(والحكم يتفق مع حكم المادة ٩٥٥ مدني مصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٢٥٨ : . . . ويمكن لمن يدعى بمرور الزمن أن يستند

إلى يد الشخص الذي اتصل منه العقار إليه . (والحكم يتفق مع حكم المادة ٩٥٥ مدني مصري) .

٢٩٨ - تحديد معنى انتقال الحيازة من حائز إلى حائز آخر : يراد

بانتهاء الحيازة من حائز إلى حائز آخر أن تكون الحيازة في هذا الانتقال حيازة متصلة ، لا تنقطع اللاحقة منها عن السابقة ، ولا تعتبر اللاحقة حيازة مبتدأة . وهذا الاتصال ما بين الحيازتين السابقة واللاحقة يكون من شأنه جواز ضم مدة الحيازة السابقة إلى مدة الحيازة اللاحقة (accession de la possession) (jonction des possessions) ، لأن الاتصال يجعل الحيازة السابقة تستمر في الحيازة اللاحقة فيكون هناك استمرار للحيازة (continuation de la possession) . وعلى ذلك فحيازة المنقول ابتداء عن طريق الاستيلاء ، إذا لم يكن للمنقول مالك ، ليس فيه انتقال للحيازة ، لأن المنقول لم يكن في حيازة أحد قبل الاستيلاء عليه ، فلم تنتقل حيازته من شخص إلى آخر . واغتصاب الحيازة من الحائز أو انتزاع الحيازة منه بالإكراه لا يعتبر انتقالا للحيازة ، لأن المقتصب أو منتزع الحيازة بالإكراه يبتدىء حيازة جديدة لا تتصل بالحيازة القديمة ، ولا تعتبر استمرارا لها ، ولا يجوز أن تضم إلى مدتها مدة الحيازة القديمة (١) . وحيازة غير الوارث لعين من أعيان التركة ، سواء كان الحائز

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٣٤٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٠ ص ٧٢٤ - نقض فرنسي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٧ سيرييه ١٩٢٨ - ١ - ٤٧ . ولكن إذا اغتصبت الحيازة من الحائز ، وبقى الاغتصاب أكثر من سنة ، ثم استرد الحائز حيازته اختياراً أو بحكم قضائي ، فهل يستطيع هذا الحائز أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة المقتصب ؟ هناك رأي يذهب إلى أن الحائز الذي استرد حيازته بعد أكثر من سنة تنقطع حيازته لأن الاغتصاب دام أكثر من سنة ، ثم هو لا يعتبر خلفاً للمقتصب حتى تضم مدة حيازة المقتصب إلى مدة حيازته (لوران ٣٢ فقرة ٣٦٥ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨١ هامش ٨ - بفتوار ص ٢٨٦ وما بعدها - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٠ ص ٧٢٤ - نقض فرنسي ١٢ يناير سنة ١٨٣٢ داللو ٣٢ - ١ - ٨٣) . وهناك رأي آخر يذهب ، على العكس من ذلك ، إلى أن الحائز يعتبر خلفاً للمقتصب في حيازته فتضم مدة حيازة المقتصب إلى مدة حيازته ، وذلك لأن هناك رابطة قانونية بين حيازة المقتصب وحيازة الحائز اللاحقة ، إذ أن المقتصب نقل حيازته إلى الحائز إما اختياراً وإما جبراً بموجب الحكم . فإذا وضع شخص يده على عين مدة ثلاث سنوات ، ثم اغتصبت منه الحيازة وبقى الاغتصاب مدة سنتين ، ثم استرد الحائز حيازته اختياراً أو قضاءً وبقى حائزاً مدة خمس سنوات ، فإن مدة سنتي الاغتصاب تضم إلى خمس السنوات الأخيرة لأن الحائز يعتبر خلفاً للمقتصب ، ولكن ثلاث السنوات السابقة على الاغتصاب لا تحسب في مدة التقادم لأن التقادم قد انقطع بالاغتصاب الذي دام أكثر من سنة . وهذا هو الرأي الذي نقضه ويقول به كثير من الفقهاء (هيك ١٤ فقرة ٣٧٠ - كوليه دي سانتير ٨ فقرة ٣٤١ مكررة - ماركاديه على المادة ٢٢٣٥ رقم ٣ - حمار فقرة ٥١٠ - ١٠ - تبصيه فقرة ٣٦٣) .

سوء النية أو حسن النية ، تعتبر هي أيضا حيازة مبتدأة لا تتصل بحيازة المورث ، ولا تعتبر استمرارا لها ، ولا تضم إلى مدتها مدة حيازة المورث .

أما انتقال الحيازة من حائز إلى آخر بالمعنى الذى أسلفناه فيتم بأحد طريقتين :
(أ) بالميراث ، فتنقل حيازة المورث إلى الوارث ، وهذا هو انتقال الحيازة إلى الخلف العام . (ب) بالاتفاق . فيتفق الحائز مع شخص آخر على أن ينقل له الحيازة ، كما إذا اتفق البائع مع المشتري على أن ينقل له حيازة الشيء المبيع أو اتفق الورثة مع الموصى له بعين معينة على أن ينقلوا له حيازة هذه العين ، ويستوى في ذلك أن يكون الحائز السابق مالكا للحق الذى ينقل حيازته إلى الحائز اللاحق أو غير مالك ، وهذا هو انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص (١) .
ونستعرض كلا من الطريقتين :

١ - انتقال الحيازة إلى خلف عام :

٢٩٩ - كيف تنتقل الحيازة إلى الخلف العام : ويراد بالخلف العام هنا الوارث والموصى له بجزء من مجموع التركة كالثلث أو الربع . وقد رأينا (٢) أن الفقرة الأولى من المادة ٩٥٥ مدنى تقول : « تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها ... » . ويخلص من هذا النص أن الحيازة تنتقل من السلف إلى الخلف العام بحكم القانون . فقد كان الميراث هو الحائز في حال حياته فإذا مات انتقلت حيازته إلى خلفه العام دون حاجة إلى أن يتسلم الخلف المال تسليما فعليا . وهذا هو الحكم الذى تقضى به طبيعة الأشياء ، ففي الفترة ما بين موت السلف وتسليم الخلف تسليما فعليا ، لا بد أن يكون للحال حائز مادام مالا مملوكا غير سائبة . ومادامت ملكية المال تنتقل إلى الخلف العام بمجرد موت السلف ، فالحيازة

(١) ويلاحظ أنه في حالة انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص توجد حيازتان مستقلتان إحداهما عن الأخرى ، حيازة السلف وتليها حيازة الخلف وإن كانت حيازة غير مبتدأة بل حيازة متصلة بحيازة السلف ومكملة لها ، ويجوز للخلف أن يضم إلى حيازته حيازة السلف أو لا يضمها تبعاً لمصلحته . أما في حالة انتقال الحيازة إلى الخلف العام فلا توجد حيازتان مستقلتان إحداهما عن الأخرى ، بل لا توجد إلا حيازة واحدة بدأها السلف ، واستمر فيها الخلف (بودرى وتيسيه فقرة ٣٤٦ ص ٢٦٨) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ .

تتبع الملكية هنا ، وتنقل هي أيضا مع الملكية إلى الخلف العام بحكم القانون وبمجرد موت السلف (١) .

والمفروض في انتقال الحيازة إلى الخلف العام بحكم القانون أن هذه الحيازة لم تنقطع . فاذا استولى الغير على المال ، ولكن الوارث استرد الحيازة في خلال سنة من هذا الاستيلاء ، فانه يعتبر حائرا بأثر رجعي من وقت موت السلف ، ولا يعتد بفترة الانقطاع التي لم تبلغ السنة . أما إذا بقيت حيازة الغير سنة دون أن يستردها الخلف العام ، فان الحيازة تبقى عند هذا الغير ويستطيع أن يلجأ في حمايتها إلى دعاوى الحيازة . وإذا لم يستول أحد على المال ، فان المال يعتبر في حيازة الخلف العام على الوجه الذي قدمناه ، ولو لم يتسلمه الخلف العام فعلا وبقي دون أن يتسلمه مدة سنة أو أكثر ، ما دام المال لم يستول عليه أحد غيره (٢) .

٣٠٠ _ **بأية صفة تنتقل الحيازة إلى الخلف العام :** رأينا أن الحيازة تنتقل إلى الخلف العام بصفاتها . وأهم هذه الصفات هي أن تكون الحيازة حيازة عرضية أو حيازة أصيلة ، وأن تكون مشوبة بعيب من عيوب الحيازة أو غير مشوبة ، وأن تكون بحسن نية أو بسوء نية .

وقد قدمنا (٣) أن حيازة المورث إذا كانت حيازة عرضية تنتقل بهذه الصفة إلى الوارث ، فيبقى الوارث كما كان المورث حائرا عرضيا يحوز لحساب غيره . ولا تصبح حيازة الوارث حيازة أصيلة إلا إذا تغيرت صفاتها العرضية بأحد الأمرين اللذين تتغير بهما الصفة العرضية لحيازة الوارث : فعل يصدر

(١) ويفسر أوبري ورو انتقال الحيازة إلى الخلف العام قبل أن يتسلم المال فعلا بأن الذي ينتقل ليست هي الحيازة في ذاتها ، لأن الحيازة واقعة مادية فلا يحصل عليها الخلف العام إلا إذا تسلم المال فعلا . وإنما الذي ينتقل إلى الخلف العام هي مزايا الحيازة ، وبخاصة دعاوى الحيازة وإمكان التملك بالتقادم ، باعتبار أن هذه المزايا هي من توابع الحق الذي انتقل إلى الخلف العام ومن شأنها أن تقوى هذا الحق وتدفع عنه الاعتداء (أوبري ورو ٢ فقرة ١٨١ ص ١٣٥ وهامش ٢ - وانظر بودري وتيسيه فقرة ٣٤٣ ص ٢٦٧ وفقرة ٣٤٦ ص ٢٦٨ وفقرة ٣٤٧ ص ٢٦٨ ص ٢٦٩) .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٣٤٧ ص ٢٧٠ .

(٣) - أنظر آنفاً فقرة ٢٧٢ .

من الغير ، أو فعل يصدر من الوارث يعارض به حق المالك (١) .
وقد بسطنا تفصيلا كلا من هذين الأمرين ، فنحيل هنا إلى ما سبق أن قدمناه
هناك (٢) . وغنى عن البيان أن حيازة المورث إذا كانت حيازة أصيلة تنتقل
إلى الوارث حيازة أصيلة كذلك ، ويحوز الوارث ، كما كان يحوز المورث ،
لحساب نفسه . ولا تتغير هذه الصفة الأصيلة عند الوارث إلى صفة عرضية
إلا إذا أصبح الوارث يحوز لحساب غيره ، شأنه في ذلك شأن المورث .

كذلك إذا كانت الحيازة عند المورث مشوبة بعيب ، كأن كانت حيازة
خفية أو حيازة باكره أو حيازة غامضة ، فإنها تنتقل إلى الوارث مشوبة بهذا
العيب . ولا بد ، حتى تنتج الحيازة آثارها عند الوارث ، أن يزول العيب الذي
هو مشوبة به ، كما كان يجب أن يزول هذا العيب في حياة المورث . فلا بد
من أن تصبح الحيازة ظاهرة إذا انتقلت حيازة خفية إلى الوارث ، أو ينقطع
الإكراه إذا انتقلت مشوبة بالإكراه ، أو يزول اللبس إذا انتقلت غامضة (٣) .
وإذا كان المورث حسن النية في حيازته وبقي حسن النية إلى أن مات ،
فإن الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بحسن النية . ويعتبر الوارث ، كما كان
يعتبر المورث ، حسن النية في حيازته ، إلى أن يثبت سوء نيته على الوجه الذي
قدمناه في إثبات سوء نية الحائز (٤) . وكذلك يعتبر الوارث سيء النية ،
ولو كان يعتقد كمورثه أن للمورث حقا في الحيازة ، إذا أعلن الوارث في
صحيفة الدعوى بأن الحق الذي يحوزه ليس لمورثه وطولب برده إلى صاحبه .
فمن وقت إعلان صحيفة الدعوى إلى الوارث يصبح هذا سيء النية ، كما كان
مورثه يعتبر سيء النية لو أنه هو الذي أعلن في حياته بصحيفة الدعوى (٥) .

(١) ولا يستطيع الوارث أن يملك بالتقادم ما بقيت حيازته عرضية ، فإذا انقلبت
إلى حيازة أصيلة على الوجه المتقدم الذكر أمكنه أن يملك بالتقادم (بودرى وتيسيه فقرة ٣٤٩ -
بلائيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٩ ص ٧٢٢) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٢ .

(٣) نقض مدني ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٦ ص ٨٦ - ٢١ مايو سنة
١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ١٠٧ ص ١٩٢ - استئناف مصر ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة
٣١ ص ١٥٢٥ - بودرى وتيسيه فقرة ٣٤٨ ص ٢٧١ وقرة ٣٤٩ - بلائيول وريبير
وبيكار ٣ فقرة ٧١٩ ص ٧٢٣ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٣ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٤ .

وإذا كان المورث قد اغتصب الحيازة بالإكراه من غيره ، فقد قدمنا (١) . أنه يعتبر سىء النية حتى لو كان يعتقد أن الحق الذى اغتصب حيازته هو حقه ، وتنتقل الحيازة بهذه الصفة إلى الوارث ، فيعتبر سىء النية حتى لو كان يعتقد أن الحق الذى اغتصب بالإكراه هو حق مورثه وأنه لم يغتصبه بالإكراه . أما إذا كان المورث سىء النية فى حيازته ، فإن الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بسوء النية ، ولا يفترض فى الوارث أنه حسن النية . ويبقى الوارث معتبرا كمورثه سىء النية ، إلى أن يثبت أنه هو حسن النية أى يعتقد أن مورثه كان على حق فى حيازته . فعند ذلك يعتبر الوارث حسن النية منذ أن انتقلت إليه الحيازة من مورثه ، ويبقى حسن النية بكل ما يترتب على حسن النية من آثار (٢) إلى أن يزول حسن نيته . وزول حسن نيته إذا أثبت صاحب الحق أن الوارث أصبح الآن يعلم أن مورثه لم يكن على حق فى حيازته .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٤ .

(٢) ومن هذه الآثار أن يملك الثمار بالقبض (أنظر مايل فقرة ٣٠١ - وانظر شفيق شحاته فقرة ٣١٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٠٤ ص ٥٢٨ - إسماعيل غانم ص ١٢٧ - ص ١٢٨ - حسن كيرة ص ١٣٢ - ص ١٣٣) . وانظر فى تملك الوارث حسن النية العقار بالتقادم القصير إذا كان مورثه سىء النية محمد على عرفة ٢ فقرة ٨٤ ص ١٤٧ - ص ١٤٨ ، وانظر أيضاً فى هذه المسألة عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩١ ص ٥٩٣ - ص ٥٩٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٨ ص ٤١٦) ويفترض أن المورث كان يستند فى حيازته إلى سبب صحيح ولكنه كان يعلم أنه قد تلقى العقار من غير مالك أى أنه كان سىء النية ، فإذا كان الوارث حسن النية استطاع أن يستند إلى حسن نيته وهو إلى السبب الصحيح الصادر لمصلحة مورثه لكى يتمسك بالتقادم الخمسى . ولكن يبدو أن حسن نية الوارث فى الفرض السالف الذكر لا يجدى . إذ يشترط توافر حسن النية وقت تلقى الحق وكان المورث وقت تلقى الحق سىء النية . ولذلك يجب افتراض أن الوارث قد أثبت إلى جانب حسن نيته أنه تلقى سبباً صحيحاً غير السبب الصحيح الذى تلقاه مورثه ، وأنه كان وقت تلقيه إياه حسن النية . فعندئذ يستطيع الوارث أن يتمسك بالسبب الصحيح الذى تلقاه هو وبحسن نيته لتملك العقار بخمس سنوات ، ولا يجوز أن يضم إلى مدته مدة مورثه الذى كان سىء النية . وما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى من «أنه إذا كان الوارث حسن النية والمورث سىء النية ، جاز للوارث التمسك بحسن نيته على أن يضم مدة حيازة مورثه » : مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٣ - فيه خطأ مطبعى ظاهر ، والصحيح كما يدل سياق العبارة هو «على ألا يضم مدة حيازة مورثه » . فلفظ «على» يشعر بعدم ضم مدة حيازة المورث ، ولو أريد ضم هذه المدة لقبل «وله أن يضم مدة حيازة مورثه» .

١٠٣ - ضم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف العام :
 ولما كانت حيازة الخلف العام استمرارا لحيازة السلف ، فالأصل أن تضم مدة حيازة المورث إلى مدة حيازة الوارث ما دام للوارث فائدة في هذا الضم .
 فإذا كانت مدة حيازة السلف نصف سنة مثلا ، وانتقلت الحيازة إلى الوارث ، فيكفي أن يستمر هذا حائزا نصف سنة أخرى حتى يستطيع أن ينتفع بدعوى منع التعرض . وهذه الدعوى يشترط فيها أن يكون الحائز للعقار قد استمر حائزا له سنة كاملة (م ٩٦١ مدني) ، فيضم الوارث مدة حيازة مورثه إلى مدة حيازته هو فتكمل له مدة السنة التي يتطلبها القانون . وهذا هو الحكم أيضا في استكمال الوارث مدة حيازته إلى سنة كاملة بضم حيازة مورثه ، إذا أراد أن يرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة (م ٩٦٢ مدني) . وإذا كان المورث قد انتزع الحيازة بالإكراه وانقطع الإكراه ، وبقي حائزا بعد انقطاع الإكراه مدة أقل من سنة . فإن هذه المدة تضم إلى مدة حيازة وارثه حتى يستكمل الوارث مدة السنة الواجبة حتى يستطيع أن يحمي حيازته بدعوى الحيازة .

وكذلك يستطيع الوارث أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة مورثه ، إذا أراد التملك بالتقادم المكسب . فإذا كان المورث سيء النية في حيازته ، وانتقلت الحيازة مقترنة بسوء النية إلى الوارث كما قدمنا ، فإن الوارث يستطيع أن يكسب ملكية العين بالتقادم الطويل إذا ضم مدة حيازة مورثه إلى مدة حيازته . ونفرض في ذلك أن المورث بقي حائزا عشر سنوات ، ثم انتقلت الحيازة إلى الوارث ، فيكفي أن يستمر الوارث حائزا خمس سنوات أخرى حتى يستكمل مدة التقادم الطويل وهي خمس عشرة سنة ، فيتملك العين بالتقادم . وإذا كان المورث قد حصل على سبب صحيح وكان حسن النية وقت حصوله عليه ، فإن الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بحسن النية وبالسبب الصحيح . فإذا كان المورث قد بقي حائزا للعقار مدة ثلاث سنوات مثلا ، ثم انتقلت الحيازة إلى الوارث ، فإنه يكفي أن يستمر الوارث حائزا للعقار سنتين أخريين حتى يستكمل مدة التقادم القصير وهي خمس سنوات ، فيتملك العقار

(٥٦)

بالتقادم^(١) وإذا كان المورث سىء النية وقت حصوله على السبب الصحيح ، فإن الحيابة تنتقل إلى وارثه مقترنة بسوء النية ، ولا يجدى الوارث بعد ذلك أن يثبت حسن نيته هو . فإن العبرة بحسن النية وقت تلقى الحق ، أى بحسن نية المورث وقت حصوله على السبب الصحيح . وعلى ذلك لا يستطيع الوارث فى هذا الفرض أن يملك العقار إلا بالتقادم الطويل . وله أن يضم مدة حيابة مورثه إلى مدة حيازته حتى يستكمل مدة التقادم الطويل وهى خمس عشرة سنة^(٢) . أما إذا كان المورث حسن النية ولكن ليس لديه سبب صحيح . وبقي حائزاً للعين مدة ثمانى سنوات مثلاً ، ثم انتقلت الحيابة للوارث ، فإنها تنتقل إليه مقترنة بحسن النية ومجردة من السبب الصحيح كما كانت عند المورث . ولا يستطيع الوارث فى هذا الفرض أن يملك العقار بالتقادم القصير لانعدام السبب الصحيح ، ولا يبقى له إلا التملك بالتقادم الطويل ، سواء بقى حسن النية أو ثبت سوء نيته بعد انتقال الحيابة إليه . وفى الحالتين يستطيع ضم مدة حيابة مورثه المقترنة بحسن النية إلى مدة حيازته هو سواء بقيت مقترنة بحسن النية أو أصبحت مقترنة بسوء النية . فيتملك بالتقادم الطويل إذا بقى حائزاً سبع سنوات أخرى إذ تضم إليها مدة حيابة مورثه وهى ثمانى سنوات .

وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٩٥٥ / ١ مدنى ، كما رأينا^(٣) ، ما يأتى : « على أنه إذا كان السلف سىء النية وأثبت الخلف أنه كان فى حيازته حسن النية ، جاز له أن يتمسك بحسن نيته » . ويتحقق ذلك فى كسب الثمار بالحيابة ، إذا اقترنت الحيابة بحسن النية . فإذا كان المورث سىء النية فى حيازته ، وجب عليه أن يرد الثمار للمالك (م ٩٧٩ مدنى) . فإذا انتقلت الحيابة

(١) ولو انقلب الوارث سىء النية قبل أن يستكمل مدة التقادم القصير ، أو ثبت أنه كان سىء النية وقت انتقال الحيابة إليه ، فإنه مع ذلك يملك العقار بالتقادم القصير . ذلك بأن مورثه لو انقلب سىء النية لم يمنعه ذلك من تملك العقار بالتقادم القصير ، مادام أنه كان حسن النية وقت تلقى الحق أى وقت صدور السبب الصحيح ، وحيابة الوارث استمرار حيابة المورث ، فيتملك الوارث بالتقادم القصير كما كان يملك مورثه لو بقى حياً . أنظر فى هذا المعنى بودرى وتيسيه فقرة ٣٤٨ ص ٢٧٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٩ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٣٤٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٩ ص ٧٢٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ .

إلى الوارث ، وأثبت هذا حسن نيته ، جاز له أن يتمسك بحسن نيته هذه ، فلا يرد الثمار التي قبضها إلى المالك ما دام حسن النية (م ٩٧٨ مدني) .

ب - انتقال الحيازة إلى خلف خاص :

٣٠٢ - كيف تنتقل الحيازة إلى الخلف الخاص : والمقصود هنا أن

تنتقل الحيازة في عين معينة بالذات من الحائز إلى شخص آخر . وهذا بخلاف انتقال الحيازة إلى الخلف العام فالذي ينتقل إلى الخلف العام هو مجموع من المال أو جزء من هذا المجموع كالتركة أو جزء من التركة . لا عين معينة بالذات . ويلحق بالخلف الخاص كل شخص يجب أن تنتقل إليه حيازة العين من الحائز بناء على التزام في ذمة الحائز بنقلها إليه ، وكل شخص ردت إليه حيازة العين على أثر فسخ التصرف أو إبطاله أو بطلانه أو نقضه أو إلغائه أو الرجوع فيه أو زواله بأي سبب آخر . وبوجه عام كل شخص تربط حيازته اللاحقة بالحيازة السابقة رابطة قانونية (١) .

وتنتقل الحيازة من الحائز إلى الخلف الخاص (ومن في حكمه) بالاتفاق بينهما على نقلها من الحائز إلى الخلف الخاص اتفاقاً يعقبه التسليم . والتسليم قد يكون تسليماً فعلياً فيكون انتقال الحيازة انتقالاً مادياً . أو تسليماً حكماً فيكون انتقال الحيازة انتقالاً معنوياً ، أو تسليماً عن طريق التمكين فيكون انتقال الحيازة انتقالاً رمزياً (٢) . وحيازة الخلف الخاص ، بخلاف حيازة الخلف العام ،

(١) ولما كان يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفة كما سنرى (أنظر مايل فقرة ٣٠٧) ، كذلك يجوز لمن هم في حكم الخلف الخاص أن يضموا إلى مدة حيازتهم اللاحقة مدة الحيازة السابقة ، وعلى ذلك يكون للراسي عليه المزار أن يضم إلى حيازته مدة حيازة المدين المحجوز عليه ، وللمتقاسم أن يضم إلى مدة حيازته بعد القسمة مدة الحيازة المشتركة بينه وبين شركائه قبل القسمة ، وللموصى له أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة الموصى ومدة حيازة الورثة في الفترة ما بين وفاة الموصى وبين تسليم العين الموصى بها إلى الموصى له ، ولحائز حق الانتفاع أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة المالك قبل أن يتجرد من حق الانتفاع ، وللبائع أو الواهب أن يضم إلى مدة حيازته بعد فسخ البيع أو الهبة أو بعد زوالهما بأي سبب من أسباب الزوال مدة حيازة المشتري أو الموهوب له قبل الفسخ أو قبل الزوال (انظر في ذلك أوبري ورو ٢ فقرة ١٨١ ص ١٣٥ - ص ١٣٦ - بودري وتيسيه فقرة ٣٥٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٠ ص ٧٢٣) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «تنتقل الحيازة بالاتفاق ما بين السلف والخلف ، مصحوباً بانتقال السيطرة الفعلية على الشيء أو الحق إلى الخلف . وقد يكون انتقال الحيازة معنوياً فلا يتم تسليم مادي ، كما إذا استمر السلف حائزاً ولكن لحساب الخلف =

تستقل عن حيازة السلف في صفاتها. فلا تكون لحيازة الخلف الخاص بالضرورة صفات حيازة السلف. وللخلف الخاص أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه، وله ألا يضمها، تبعاً لمصلحته. فهذه جملة من المسائل نبحثها فيما يلي.

٣٠٣ - انتقال الحيازة إنتقالاً مادياً بالتسليم الفعلي : رأينا (١) أن المادة

٩٥٢ مدني تنص على أن « تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك، وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة. ولو لم يكن هناك تسليم مادي للشيء موضوع هذا الحق ». وخير تطبيق لهذا النص هو انتقال حيازة المبيع من البائع إلى المشتري، إذ أن المشتري يعتبر خلفاً خاصاً للبائع، لا في انتقال الملكية فحسب بل أيضاً في انتقال الحيازة، فالبايع ملتزم بتسليم المبيع إلى المشتري أي بنقل حيازته إليه وقد نصت في هذا الخصوص الفقرة الأولى من المادة ٤٣٥ مدني على أن « يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يستول عليه إستيلاء مادياً، مادام البائع قد أعلمه بذلك. ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع ». وهذا هو التسليم الفعلي للمبيع، وينطوي كما نرى على عنصرين : (١) وضع المبيع تحت تصرف المشتري، ويشترط لذلك أن يكون المشتري متمكناً من حيازة المبيع حيازة يستطيع معها أن ينتفع به الانتفاع المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك. ولكن لا يشترط أن يتسلم المشتري المبيع فعلاً، فما دام متمكناً من هذا التسليم، فإن البائع يكون قد نفذ التزامه بالتسليم (٢). أن يخطر البائع المشتري بوضع

(مثل ذلك البائع يستأجر الشيء المبيع)، أو استمر الخلف حائزاً ولكن لحساب نفسه (مثل ذلك المستأجر يشتري العين). كما قد يكون انتقال الحيازة رمزياً، كتسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهودة بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن. ولكن إذا تعارض التسليم الحقيقي مع التسليم الرمزي، كان الأول هو المعتبر، كما إذا تسلم شخص شهادة البضاعة وتسلم آخر البضاعة نفسها، فالحيازة في هذا الفرض عند الأخير (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٣). (١) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الأموال التي تنلق ملكيتها عن مالكيها بسند معتبر قانوناً تثبت الحيازة فيها ووضع اليد عليها لمطلقها بمجرد تسلمها بالحالة التي هي عليها. والتسليم يعتبر تاماً متى وضعت تحت تصرفه بحيث يمكنه الانتفاع بها بدون مانع، ولو لم يتسلمها بالفعل. ومتى اكتسبت الحيازة واليد على هذا الوجه فإنهما يبقيان لمن اكتسبهما حافظين خصائصهما مفيدتين أحكامهما، ومادام لم يعترضه من يعكرها عليه أو يزيلهما عنه ويسكت هو المدة التي تستوجب مرورها يد المعارض حماية القانون (نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٥ رقم ١).

المبيع تحت تصرفه ، ولا يوجد شكل معين لهذا الإخطار . فقد يكون بانذار رسمي ، وقد يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، وقد يكون شفويا ولكن يقع على البائع عبء إثبات أنه أخطر المشتري فعلا بوضع المبيع تحت تصرفه (١) .

فاذا كان المبيع دارا يسكنها البائع ، وجب عليه أن يخليها وأن يسلم المشتري مفاتيحها فيمكنه من حيازتها . وإذا كان أرضا زراعية ، وجب عليه أن يتركها وأن يمكن المشتري من الاستيلاء عليها . وإذا كان منقولا ، فوضعه تحت تصرف المشتري يكون عادة بمناولته إياه يدا بيد . ويتيسر ذلك في المنقول في أكثر الأحيان . وإذا كان محصولات لاتزال قائمة في الأرض أو ثمارا لاتزال فوق الأشجار ، فيخلي البائع ما بينها وبين المشتري حتى يستولى هذا عليها . وتسليم الشيء المعين بنوعه فقط يكون بافرازه في حضور المشتري ودعوته لتسلمه ، ويقع الإفراز بالعد أو الكيل أو الوزن أو المقاس . وإذا كان المبيع حق ارتفاق كحق المرور ، فانه يسلم للمشتري بالتخصيص له في استعمال هذا الحق ، مع تمكنه من ذلك بإزالة ما قد يحول بينه وبين المرور . وقد يكون المبيع حقا شخصيا لا حقا عينيا ، كما في حوالة الحق . وعندئذ يوضع الحق تحت تصرف المحال له بتسليمه سند الحق لتمكينه من استعماله في مواجهة المحال عليه . وفي الأسهم والكمبيالات والشيكات لحاملها يكون التسليم بالمناولة ، وفي السندات والشيكات الإذنية يكون التسليم بالتظهير ، وفي السندات الاسمية لا يتم التسليم إلا بعد القيد في دفاتر الشركة . ويتبين من ذلك أن طريقة التسليم تتكيف بحسب طبيعة المبيع (٢) .

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٣٠٦ .

(٢) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٣٠٧ - على أنه يلاحظ في التسليم الفعل أنه كان ينبغي أن ينتقل الشيء انتقالا ماديا من البائع إلى الخلف الخاص ، فلا يكفي تسليم الحائز للشيء بل يجب أيضا تسليم الخلف الخاص له . ولكن نص المادة ٩٥٢ مدني سالف الذكر صريح في أن انتقال الحيازة يتم «ولولم يكن هناك تسلم مادي للشيء موضوع هذا الحق» . وقد كان المشروع التمهيدي خاليا من هذه العبارة ، فأضافتها لجنة المراجعة ، وأكملتها لجنة مجلس الشيوخ (أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ في الهامش) . وكان الأولى ، بدلا من إضافة هذه العبارة ، أن تضاف عبارة عكسية ، فيكون النص على الوجه الآتي : «تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره لم إذا اتفقا على ذلك ، وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة ، وسيطر عليها فعلا» . فإن العبارة في التسليم الفعلي للحيازة أن تنتقل الحيازة انتقالا ماديا إلى الخلف

٣٠٤ - انتقال الحيازة انتقالاً معنوياً بالتسليم المحكمي : رأينا (١) أن

المادة ٩٥٣ تنص على أنه « يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة . أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه » . وهنا أيضاً نورد انتقال حيازة المبيع من البائع إلى المشتري تطبيقاً جاء في الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ مدني ، ونجري على الوجه الآتي : « ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع ، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته لسبب آخر غير الملكية » . وهذا هو التسليم المحكمي للمبيع . فنتقل حيازته بهذا التسليم المحكمي انتقالاً معنوياً من البائع إلى المشتري . ويتم التسليم كما نرى بمجرد تراضي المتعاقدين ، ويتراضيان على أن المبيع قد تم تسليمه من البائع إلى المشتري . ويتميز التسليم المحكمي بذلك عن التسليم الفعلي بأنه مجرد اتفاق (convention) أو تصرف قانوني (acte juridique) غير مصحوب بعمل مادي ، أما التسليم الفعلي فهو اتفاق مصحوب بعمل مادي .

وللتسليم المحكمي صورتان :

(الصورة الأولى) أن يكون المبيع في حيازة المشتري قبل البيع . باجارة أو إعارة أو وديعة أو رهن حيازة أو نحو ذلك . ثم يقع البيع . فيكون المشتري

=الخاص ، فلا يكفي مجرد التسليم بل يجب أن يقترن به التسليم . وهناك فرق بين تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع وبين نقله لحيازته ، فو نقل الحيازة يجب أن يستولي الخلف الخاص على الشيء استيلاء مادياً ولا يجب ذلك في تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع . وقد سبق أن قلنا في هذا الصدد : « يجب التمييز بين تسليم المبيع وبين انتقال حيازته . فقد يعتبر المشتري متسلماً للمبيع دون أن تكون له حيازته ، وذلك إذا وضع تحت تصرفه دون أن يستولي عليه مادياً . وفي هذه الحالة يعتبر المشتري مستوفياً لالتزام التسليم ، ولكنه لا يعتبر حائزاً للمبيع . فلا يستطيع أن يبدأ التقادم ، إذا كان قد اشترى من غير مالك ، ولم يستولي بعد على المبيع . فإذا كان المبيع منقولاً وكان المشتري حسن النية وقد اشترى من غير مالك ، فإنه لا يستطيع التمسك بالحيازة لتملك المنقول ما دام لم يستولي عليه استيلاء مادياً . وإذا باع شخص منقولاً من شخصين متعاقبين ، وأعطى لكل منهما إذناً في تسلمه من المخزن الذي يوجد فيه ، وسبق المشتري الثاني المشتري الأول إلى الاستيلاء الفعلي على المنقول ، فإنه يستطيع التمسك بالحيازة لتملك المبيع ، ولا يستطيع المشتري الأول أن يحتج عليه بأنه تسلم المنقول أولاً بموجب إذن التسليم (أوبري و ٥ فقرة ٣٥٤ ص ٤٩ - بودري وسينيا فقرة ٢٩٨ - بلانيول وريبير وهامل ٩ ص ٧٥ هامش ٢) » (الوسيط ٤ فقرة ٣٠٦ ص ٥٨٩ هامش ٣) .

.. (١) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧٠ .

حائزاً فعلاً للمبيع وقت صدور البيع ، ولا يحتاج إلى إستيلاء مادي جديد ليتم التسليم ولتنتقل الحيازة . وإنما يحتاج إلى اتفاق مع البائع على أن يبقى المبيع في حيازته . ولكن لا كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو دائن مرتهن رهن حيازة ، بل كما لك له عن طريق الشراء . فتتغير نية المشتري في حيازته للمبيع وتتغير صفة حيازته بعمل يصدر من الغير وهو البائع (interversion du titre) وإن كانت الحيازة المادية تبقى كما كانت . ويسمى هذا التسليم بالتسليم المختصر (traditio brevi manu)

(الصورة الثانية) أن يبقى المبيع في حيازة البائع بعد البيع ، ولكن لا كمالك فقد تجرد عن الملكية بعقد البيع ، بل كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهن حيازة أو غير ذلك من التصرفات التي تتم بين المشتري والبائع بعد البيع وتستلزم نقل حيازة الشيء من المشتري إلى البائع . فبدلاً من أن يرسل البائع المبيع للمشتري بموجب عقد البيع . ثم يعود إلى تسلمه من المشتري بموجب عقد الإيجار أو أى عقد آخر ، يبقى المبيع في يد البائع بعد أن يتفق الطرفان على أن هذا يعد تسليماً من البائع للمشتري ثم إعادة الحيازة من المشتري للبائع بموجب العقد الجديد الذى أعقب عقد البيع . ويسمى هذا الاتفاق (corstitut rossessoire) . وتتغير صفة حيازة البائع في هذه الصورة ، إذ كانت حيازة أصيلة قبل البيع فأصبحت حيازة عرضية بعد البيع بموجب هذا العقد الجديد . ويصح أن يكون هذا العقد الجديد عقد بيع ثان أو عقد هبة ، فيبيع المشتري الشيء للبائع بعد أن اشتراه منه أو يهبه إياه ، ومن ثم يبقى الشيء في حيازة البائع كمالك له ، ولكن بعقد بيع جديد أو بعقد هبة لا على حكم الملك الأصلي (١) .

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٠٨ ص ٥٩٣ - ص ٥٩٤ - وهناك صورة ثالثة للتسليم الحكيم يمكن الأخذ بها في مصر دون نص ، لأنها تتفق مع القواعد العامة ، وقد قررنا في هذا الخصوص : «وقد أورد التقنين المدنى العراقى صورة ثالثة للتسليم الحكيم يمكن الأخذ بها دون نص لأنها تتفق مع القواعد العامة ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٥٤٠ من هذا التقنين على ما يأتى : «وإذا أجره (المشتري) قبل قبضه لغير البائع أو باعه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض، وقبضه العاقد، قام هذا القبض مقام قبض المشتري» . وتتميز هذه الصورة عن صورتى التسليم الحكيم المتقدمتين بأن فيما انتقالاً مادياً لحيازة المبيع . كما تتميز =

٣٠٥ - انتقال الحيازة إنتقالاً رمزياً عن طريق التمكين : رأينا (١)

أن المادة ٩٥٤ مدني تنص على أن « ١ - تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها . ٢ - على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها ، وكان كلاهما حسن النية ، فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة » . ونورد هنا تطبيقاً لهذا النص أيضاً في انتقال حيازة المبيع من البائع إلى المشتري .

فنفرض أن شخصاً اشترى من آخر بضائع ، كان البائع قد عهد بها إلى أمين النقل أو أودعها المخازن . ويتسلم صاحب البضائع عادة سندات عن البضائع ، يأخذها من أمين النقل أو من المخازن التي أودعت بها البضائع ، ليسحب بموجبها بضائعه . ففي انتقال حيازة هذه البضائع انتقالاً مادياً من البائع إلى المشتري ، يجب أولاً أن يسحب البائع البضائع من أمين النقل أو من المخازن بموجب السندات التي تسلمها . ثم يسلم هذه البضائع بعد سحبها تسليمياً فعلياً إلى المشتري . أما في انتقال الحيازة إنتقالاً رمزياً ، وهو الفرض الذي نحن بصددده . فبدلاً من أن يسحب البائع البضائع ثم يسلمها للمشتري ، يكتفي بتسليم المشتري سندات البضائع ، فيستطيع هذا الأخير أن يقوم بسحبها بنفسه بموجب هذه السندات من أمين النقل أو من المخازن . ولكن مجرد تسليم المشتري لسندات البضائع من البائع يعد انتقالاً لحيازة البضائع إليه ، إذ أن هذه السندات متى صارت في يده أصبح صاحب الحق في سحب البضائع . ومن ثم يعتبر تسليم المشتري لسندات البضائع انتقالاً لحيازة البضائع إليه ، لأن البضائع أصبحت تحت تصرفه في يد أمين النقل أو في المخازن . وانتقال الحيازة هذا ليس إنتقالاً فعلياً بل هو انتقال رمزي ، لأن المشتري لم يتسلم البضائع تسليماً فعلياً بمجرد

= عن التسليم الفعل بأن الحيازة لا تنتقل مادياً إلى المشتري نفسه ، بل إلى شخص آخر يعد نائباً عنه في تسليم المبيع ، هو شخص تعاقد مع المشتري واستلزم التعاقد أن يقبض المبيع هو أيضاً ، كمتأجر من المشتري أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهن حيازة أو مشتر أو موهوب له . فيعد قبض هذا الشخص الآخر قبضاً فعلياً بالنسبة إلى العقد الذي أبرمه مع المشتري ، وقبضاً حكماً بالنسبة إلى عقد البيع ، ويقوم القبض الأول مقام القبض الثاني « (الوسيط ٤) فقرة ٣٠٨ ص ٥٩٤ - ص ٥٩٥) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ .

تسلمه للسندات ، بل تسلمها تسلماً رمزياً ، وعليه بعد ذلك أن يتسلمها تسلماً فعلياً بسحبها من تحت يد أمين النقل أو من المخازن بموجب السندات التي تسلمها .

والمثلان اللذان ذكرناهما — تسلم سندات البضائع المعهود بها إلى أمين النقل وتسلم سندات البضائع المودعة في المخازن — لم يذكر في المادة ٩٥٤ مدني على سبيل الحصر بل على سبيل المثال (١) . ومن الأمثلة الأخرى ، في نقل حيازة المنقول ، تسليم البائع للمشتري مفاتيح منزل أو مخزن أو صندوق أو أى مكان آخر يحتوى هذا المنقول . وقد قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأن حيازة مفتاح الخزانة هي حيازة رمزية لمنقول غير حاصل فعلاً في اليد ، وليست بذاتها دليلاً قاطعاً على حيازة مالهو في الخزانة . وكون الشيء حاصلًا فعلاً في حوزة من يدعى حيازته أو غير حاصل فيها هو من الواقع الذي يحصله قاضي الموضوع في كل دعوى بما يتوافر فيها من دلائل . وإذا كان القانون (المدني السابق) قد نص في باب البيع على أن تسليم المنقولات المبيعة يصح أن يتم بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها ، فإن هذا النص لا يعنى أن كل من يحمل مفتاحاً لخزانة يكون ولا بد حائزاً فعلاً لمحتوياتها ، لأن حمل المفتاح لا يلزم عنه حتماً أن حامله مسلط على الخزانة . فحيث تدل الظروف على أن حامل مفتاح الخزانة كان متسلطاً فعلاً على مافيهما جاز اعتباره حائزاً ، وإلا فلا . وما يراه قاضي الموضوع في هذا الشأن هو رأى في مسألة واقعية يستقل هو بتقديرها ، ولا يخضع قضاؤه فيها لرقابة محكمة النقض (٢) .

وإذا تعارض انتقال الحيازة المادية مع انتقال الحيازة الرمزية ، كانت الأفضلية لانتقال الحيازة المادية ، لأنه أكثر واقعية من انتقال الحيازة الرمزية ، ولأن من حصل على الحيازة المادية جدير به أن يكون أكثر اطمئناناً من لم يحصل

(١) وعندما نظر مشروع المادة ٩٥٤ مدني أمام لجنة مجلس الشيوخ ، قام اعتراض على أن النص لم يورد لإحالتين من حالات التسليم ، فأجيب على هذا الاعتراض بأن هاتين الحالتين لم يردا على سبيل الحصر ، وإنما هما المثلان الغالبان في العمل (أنظر آنفاً ص ٨٧٤ هامش ١) .

(٢) نقض مدني ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٧ ص ٣٢٧ - وانظر الوسيط ٤ فقرة ٣٠٧ ص ٥٩١ - ص ٥٩٢ و ص ٥٩٢ هامش ١ ،

إلا على حيازة رمزية . فاذا باع صاحب البضائع بضائعه ، وهى فى يد أمين النقل ، لشخصين متعاقبين ، فان ملكية البضائع تنتقل للمشتري الأول بموجب عقد البيع الصادر له . فاذا مات سلم هذا المشتري الأول البضائع تسليماً رمزياً بتسلمه سندات البضائع ، ولم يتسلم المشتري الثانى البضائع أصلاً ، بقيت ملكية البضائع عند المشتري الأول ، فهو صاحب البيع الأول وهو الذى تسلم البضائع . ولكن إذا تسلم المشتري الثانى البضائع ذاتها تسليماً فعلياً من أمين النقل ، ولو بعد أن تسلم المشتري الأول سندات هذه البضائع ، كان المشتري الثانى هو صاحب الحيازة المادية والمشتري الأول هو صاحب الحيازة الرمزية ، وتعارضت الحيازتان . وعند تعارضهما تفضل الحيازة المادية كما قدمنا ، فيعتبر المشتري الثانى صاحب الحيازة المادية هو الحائز للبضائع دون المشتري الأول صاحب الحيازة الرمزية . ومن ثم يكون البائع قد باع البضائع مرتين ، وسلمها تسليماً فعلياً للمشتري الثانى دون المشتري الأول . فتنقل ملكية البضائع إلى المشتري الثانى . لا بموجب عقد البيع الثانى الصادر له فقد سبق هذا البيع الثانى بيع أول نقل الملكية إلى المشتري الأول ، بل بموجب الحيازة المادية التى انتقلت إلى المشتري الثانى كما قدمنا . فتنقل هذه الحيازة المادية وحدها إليه ملكية البضائع ما دام حسن النية ، طبقاً للقاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٩٥٤ مدنى ، كما رأينا (١) ، تأكيداً لذلك : « على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها ، وكان كلاهما حسن النية ، فان الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة » .

٣٠٦ - صفات الحيازة بعد انتقالها إلى الخلف الخاص : رأينا (٢) أن

الحيازة تنتقل إلى الخلف العام بالصفات التى كانت عليها عند السلف ، فتكون كما كانت عند السلف حيازة عرضية أو حيازة أصلية ، مشوبة بعيب أو غير مشوبة ، مقترنة بحسن النية أو بسوء النية . ذلك بأن الحيازة عند ما تنتقل إلى الخلف العام ليست إلا استمراراً لحيازة السلف ، فكما كانت عند السلف تكون عند الخلف العام . أما الحيازة عند ما تنتقل إلى الخلف الخاص ، فانها

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٠ .

تكون حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف ، تتميز بصفاتها الخاصة التي قد تغاير الصفات التي كانت عليها عند السلف . ويترتب على أن حيازة الخلف الخاص حيازة جديدة . وليست مجرد استمرار لحيازة السلف . أن تكون هناك حيازتان ، حيازة السلف وحيازة الخلف الخاص . وقد تختلفان في الصفات . وقد تضم مدة إحداهما إلى مدة الأخرى وقد لا تضم بحسب مصلحة الخلف الخاص .

فحيازة الخلف الخاص إذن قد تخالف في صفاتها حيازة السلف ، وذلك من وجوه عدة :

فقد تكون حيازة السلف حيازة عرضية ، وتكون حيازة الخلف الخاص مع ذلك حيازة أصيلة . مثل ذلك أن يكون السلف مستأجراً للعين أو مستعيراً لها أو مودعة عنده ، فتكون حيازته حيازة عرضية لأنه يحوز لحساب المؤجر أو المعير أو المودع . ثم يبيع العين . وسواء كان المشتري حسن النية أو سيء النية فإنه كمشتري يحوز العين كمالك . أى يحوزها لحساب نفسه . فتكون حيازته وهو خلف خاص حيازة أصيلة . في حين أن حيازة السلف حيازة عرضية ^(١) . وعلى العكس من ذلك قد تكون حيازة السلف حيازة أصيلة . وتكون حيازة الخلف الخاص مع ذلك حيازة عرضية . مثل ذلك أن يؤجر المالك العين أو يعيرها أو يودعها أو يرهنها رهن حيازة ، فتكون حيازة المستأجر أو المستعير أو المودع عنده أو المرتهن رهن حيازة ، بالنسبة إلى حق الملكية ، حيازة

(١) استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٦٧ - ولو أن السلف استبقى الحيازة وأراد تحويلها من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة ، لوجب في هذا التحويل أن يصدر فل من الغير أو يصدر منه هو فعل يعارض به حق المالك (interversion du titre) . أما هذا فلسنا في حاجة إلى ذلك ، لأننا لسنا في صدد تغيير صفة الحيازة عند الحائز العرضي نفسه ، بل في صدد انتقال الحيازة من حائز عرضي إلى حائز أصيل ، فتغيرت صفة الحيازة لا عند الحائز العرضي ، بل عند خلفه الخاص فأصبح هذا حائزاً أصيلاً . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الحائز العرضي كالدائن المرتهن ، وإن كان لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير أو بفعل معارضة ظاهرة لحق المالك ، إلا أن هذه القاعدة لا تسرى في حق خلقه الخاص كمشتري من الدائن المرتهن ، لأنه في هذه الحالة إنما يبدأ حيازة جديدة تختلف عن الحيازة العرضية التي كانت للبائع له (نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة المكسب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٣٨) .

عرضية لأنه يحوز لحساب المالك . أما حيازة المالك ، وهو السلف في الحيازة ،
فحيازة أصيلة تغاير في هذه الصفة حيازة الخلف الخاص وقد رأينا أنها حيازة
عرضية .

وقد تكون حيازة السلف مشوبة بعيب ، كأن تكون خفية أو غامضة
أو يشوبها الإكراه . فإذا إنتقلت إلى الخلف الخاص ، فليس من الضروري
أن يشوبها عند انتقالها هذا العيب . فقد تكون حيازة الخلف الخاص عند
انتقالها إليه ظاهرة بعد أن كانت خفية عند السلف ، أو واضحة لا لبس فيها
بعد أن كانت غامضة ، أو هادئة بعد أن كان يشوبها الإكراه . وعلى العكس
من ذلك قد تكون حيازة السلف غير مشوبة بعيب ، ثم يشوب حيازة الخلف
الخاص عيب الإكراه أو عيب الغموض أو عيب الخفاء أو عيب عدم
الاستمرار .

وقد تكون حيازة السلف مقترنة بسوء النية ، ومع ذلك يكون الخلف
الخاص حسن النية في حيازته . وإذا انتقلت الحيازة إلى الخلف الخاص ،
فسواء كان السلف حسن النية أو سيء النية ، فإنه يجب الرجوع إلى الأصل
وافترض حسن النية في الخلف الخاص إلى أن يثبت العكس . وقد قررنا غير
ذلك في الخلف العام ، وقلنا إنه إذا كان المورث سيء النية فإن الحيازة تنتقل
إلى الوارث مقترنة بسوء النية ، ولا يفترض في الوارث أنه حسن النية إلى أن
يثبت حسن نيته ، لأن حيازة الوارث ليست إلا استمرارا لحيازة المورث (١) .
وإذا افترض في الخلف الخاص حسن النية كما سبق القول ، فإن هذا الافتراض
يبقى (٢) إلى أن يثبت صاحب الحق سوء نية الخلف الخاص . وفي جميع الأحوال
يعتبر الخلف الخاص سيء النية ، ولو كان يعتقد أنه تلقى الحق من صاحبه ،
إذا أعلنه صاحب الحق الحقيقي في صحيفة الدعوى بأن الحق الذي يحوزه
قد تلقاه من غير صاحبه . فمن وقت إعلان صحيفة الدعوى إلى الخلف الخاص

(١) أنظر آنفاً ص ٨٨٠ .

(٢) فإذا كان السند الذي تلقى به الخلف الخاص الحيازة من السلف سبباً صحيحاً ناقلاً
للملكية كالبيع والهبة فإذا كانت العين عقاراً أمكن أن يملكها الحائز بالتقادم القصير إذ يفترض
فيه حسن النية كما قدمنا ، وإذا كانت العين منقولة يملكها في الحال بمجرد الحيازة طبقاً للقاعدة
التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية .

يصبح هذا سىء النية على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم (١) . وإذا كان السلف قد اغتصب الحيازة بالإكراه فأصبح بذلك سىء النية ، فان هذا لا يمنع من أن الحيازة إذا انتقلت إلى الخلف الخاص يفترض فى هذا الأخير أنه حسن النية ، لأن حيازة الخلف الخاص مستقلة عن حيازة السلف وليست استمرارا لها كما سبق القول . وقد يكون السلف حسن النية ، وتنتقل الحيازة إلى خلف خاص ، فيفترض فى الخلف الخاص أنه حسن النية إلى أن يثبت صاحب الحق أنه سىء النية . وليس ذلك راجعا إلى أن حيازة السلف المقترنة بحسن النية قد انتقلت على هذه الصفة إلى الخلف الخاص ، بل إن هذا رجع إلى أن حسن النية يفترض فى الحائز ، ولما كان حيازة الخلف الخاص حيازة جديدة مبتدأة فانه يفترض فيها حسن النية ، شأنها فى ذلك شأن أية حيازة أخرى .

٣٠٧ - ضم مدة حيازة السلف إلى حيازة الخلف الخاص : وقد رأينا (٢)

أن الفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ مدنى تنص على ما يأتى : « ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر » . فبالرغم من أن حيازة الخلف الخاص حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف وليست استمرارا لها كما تقدم القول ، إلا أن الخلف الخاص بالخيار بين أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه أو أن يفصل ما بين الحيازتين ويتمسك باحدهما دون الأخرى ، وذلك تبعا لما يرى له من المصلحة فى ذلك (٣) .

فللخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه ، إذا كانت له مصلحة فى ذلك ، للتملك بالتقادم (٤) ، فقد نقل له سلفه كل حقوقه على العين

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٣٥٠ .

(٤) كذلك للخلف الخاص أن يضم إلى مدة حيازته سلفه مدة حيازته فى حساب السنة التى يجب أن تبقى فيها الحيازة لإمكان رفع دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨١ ص ١٣٦ هامش ٤ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٢ ص ٢١٠) .

ومنها مزاياء حيازته السابقة من ناحية التقادم . (causam usucapiendi) (١) .
 فإذا كان السلف سيء النية وبقى حائزاً للعين مدة ثمانى سنوات مثلاً ، ثم
 انتقلت حيازة العين إلى خلف خاص هو أيضاً سيء النية ، فللخلف الخاص
 أن يملك العين بالتقادم الطويل إذا هو بقى حائزاً للعين سبع سنوات أخرى (٢) .
 وإذا كان السلف غير مالك للعقار ولكنه حسن النية ولديه سبب صحيح ،
 وبقى حائزاً للعقار مدة ثلاث سنوات مثلاً ، ثم نقل الحيازة بسبب صحيح
 ناقل للملكية إلى خلف خاص هو أيضاً حسن النية . فللخلف الخاص أن يملك
 العقار بالتقادم القصير إذا هو بقى حائزاً له مدة سنتين أخريين . ولكن يشترط
 فى ذلك أن تكون كل من الحيازتين ، حيازة السلف وحيازة الخلف الخاص
 مستوفية لشروط التملك بالتقادم القصير . فيجب أن تكون كل منهما مقترنة
 بحسن النية وبالسبب الصحيح (٣) . وإذا كان السلف سيء النية ، وبقى حائزاً
 للعين مدة اثنتى عشرة سنة مثلاً ، ثم نقل الحيازة بسبب صحيح ناقل للملكية
 إلى خلف خاص حسن النية ، فسرى أن هذا الخلف الخاص يستطيع أن يستقل
 بحيازته . وهى مقترنة بحسن النية وبالسبب الصحيح فيتملك بالتقادم القصير
 إذا بقى حائزاً للعقار مدة خمس سنوات . ولكنه فى الفرض المتقدم يفضل أن
 يضم حيازة سلفه سيء النية إلى حيازته هو ولو أنه حسن النية . فيتملك
 بالتقادم الطويل بدلاً من التقادم القصير . ذلك أنه فى حالة ما إذا ضم مدة حيازة
 سلفه وهى اثنتا عشرة سنة ، لا يحتاج إلا إلى حيازة تدوم ثلاث سنوات أخرى

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٣٥٠ ص ٢٧٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن كل ما اشترطه القانون لكسب الملكية بوضع اليد هو
 ثبوت قيامه مستوفياً لشرائطه مدة خمسة عشر عاماً ، يستوى أن تكون كلها فى وضع يد مدعى
 الملكية أو فى وضع يد سلفه أو بالاشتراك بينهما بحيث لا يقل مجموع مدتيهما عن الخمسة عشر
 عاماً بغير حاجة لبيان مدة وضع يد كل واحد منهما وبغير حاجة إلى النظر فى مستندات ملكيتهما .
 ولايهم لذلك أن تكون عقود الملكية مسجلة أو غير مسجلة ، رسمية أو غير رسمية ، كما لا يهم
 أن تقدم تلك العقود إلى المحكمة أو ألا تقدم لسبب أو لآخر (نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥
 مجموعة أحكام أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٢ ص ١٤٨٧) .

(٣) ديرانتون ٢١ فقرة ٢٤١ - أوبرى درو ٢ فقرة ١٨١ هامش ١١ و فقرة ٢٤٨

هامش ٣٧ - بفتوار ص ٢٨٢ و ص ٣٤٢ - جيوار فقرة ٥٨٢ - بودرى وتيسيه فقرة

يستكمل بها مدة التقادم الطويل . أما في حالة ما إذا أراد التملك بالتقادم القصير ، فإنه لا يستطيع أن يضم مدة حيازة سلفه سى النية إلى مدة حيازته وهو حسن النية . فلا بد إذن من إسقاط مدة حيازة سلفه والتعويل على حيازته وحدها ، فيحتاج إلى حيازة تدوم خمس سنوات بدلا من ثلاث سنوات ، للتملك بالتقادم القصير . وإذا فرضنا العكس وكان السلف حسن النية ولديه سبب صحيح ، ولكنه لم يحز العقار إلا مدة ثلاث سنوات فقط ، ثم نقل حيازته إلى خلف خاص سى النية يعلم أن العقار ليس مملوكا لسلفه . فإن الخلف الخاص لا يستطيع أن يملك العقار بالتقادم القصير لأنه سى النية . ولكنه يستطيع أن يملك العقار بالتقادم الطويل ، فإذا هو حازه مدة اثنتى عشرة سنة ، استطاع أن يضم إليها مدة حيازة سلفه حسن النية وهى ثلاث سنوات . فيستكمل بها مدة التقادم الطويل (١) .

وللخلف الخاص أن يفصل ما بين حيازة سلفه وحيازته هو ، ويتمسك باحدهما دون الأخرى ، وذلك تبعا لمصلحته . فقد تكون له مصلحة في أن يتمسك بحيازة سلفه وحدها ، ويسقط حيازته هو من الحساب . ويتحقق ذلك فيما إذا كان السلف حسن النية ولديه سبب صحيح ، وكان الخلف سى النية . فإذا كانت مدة حيازة السلف المقترنة بحسن النية بلغت خمس سنوات ، وبلغت مدة حيازة الخلف الخاص المقترنة بسوء النية مدة خمس سنوات أخرى ، فإن من مصلحة الخلف الخاص أن يتمسك بحيازة سلفه وحدها وأن يسقط حيازته هو . وذلك لأن حيازة سلفه بلغت خمس سنوات وهى مقترنة بحسن النية والسبب الصحيح ، وهذا كاف لتملك العقار بالتقادم القصير . فلا يكون الخلف الخاص في حاجة إلى التمسك إلا بحيازة السلف هذه ، فتخلص له ملكية العقار نقلا عن سلفه كما خلصت له حيازته . أما إذا أراد أن يتمسك بمدة حيازته المقترنة بسوء النية ، فهو لا يستطيع أن يملك إلا بالتقادم الطويل ، ولو ضم مدة حيازة سلفه وهى خمس سنوات إلى مدة حيازته وهى خمس سنوات أخرى ، لنقصه خمس سنوات ثلاثة حتى يكمل المدة خمس عشرة سنة وهى مدة التقادم الطويل . ونرى من ذلك أن من مصلحة الخلف الخاص في هذا المثل ألا يتمسك

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٣٥٣ ص ٢٧٤ .

بجيازته هو ، وأن يقتصر على التمسك بجائزة سلفه وحدها (١) ، وقد تكون له مصلحة على العكس من ذلك في أن يتمسك بجيازته هو وحدها ، وأن يسقط حيازة سلفه . ويتحقق ذلك فيما إذا كان السلف سيئ النية ، وحاز العقار لمدة ثلاث سنوات ، ثم نقل حيازته بسبب صحيح إلى خلف خاص حسن النية بقي حائزاً له مدة خمس سنوات . فهنا يستطيع الخلف الخاص أن يملك العقار بالتقادم القصير ، إذ أنه قد حازه خمس سنوات ولديه السبب الصحيح وحسن النية . ولا يحتاج في ذلك إلا إلى التمسك بجيازته هو دون حيازة سلفه . أما إذا أراد ضم حيازة سلفه سيئ النية ، فلا يستطيع أن يملك إلا بالتقادم الطويل . ولما كانت مدة حيازة سلفه ثلاث سنوات ومدة حيازته هو خمس سنوات ، فإنه بذلك ينقصه سبع سنوات أخرى حتى يكمل المدة خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم الطويل . ونرى من ذلك أن مصلحة الخلف الخاص في هذا المثل ، بخلاف المثل السابق ، هي في أن يتمسك بجيازته هو وحدها وأن يسقط حيازة سلفه . ولو أن السلف سيئ النية كانت مدة حيازته اثني عشرة سنة ، بدلاً من ثلاث ، وكانت مدة حيازة الخلف الخاص ثلاث سنوات أخرى ، بدلاً من خمس ، لكان من مصلحة الخلف الخاص أن يتمسك بجائزة السلف سيئ النية فيضمها إلى مدة حيازته ، ويستكمل بها خمس عشرة سنة ، ويملك بالتقادم الطويل ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٢) .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٣٥٣ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٨٩٤-٨٩٥- وانظر بودرى وتيسيه فقرة ٣٥٣ ص ٢٧٤-وقد عرضت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لما قدمناه، وأوجزته في العبارات الآتية: «وقد يكون من تنتقل إليه الحيازة خلفاً خاصاً ، كشتري من الحائز تنتقل إليه حيازة المبيع ، وللمشتري في هذه الحالة أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة البائع . فإن كانا حسن النية معاً أو سيئ النية معاً ، كان ضم المدد على أساس أن الحيازة بحسن نية أو بسوء نية على حسب الأحوال . وإن كان البائع سيئ النية والمشتري حسن النية ، فالضم يجوز على أسوأ الفرضين أي على أساس سوء النية ، كما إذا كان البائع قد حاز مدة اثني عشرة سنة والمشتري مدة ثلاث سنوات . فلا يستطيع المشتري التمسك بالتقادم القصير ، إذ لا يجوز له أن يكمل المدة التي حاز فيها بحسن نية إلى خمس سنوات . ولكن يستطيع التمسك بالتقادم الطويل ، إذ يجوز له أن يعتبر حيازته كما لو كانت حيازة بسوء نية ، فيكمل مدتها إلى خمس عشرة سنة يضم مدة سلفه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٣) .

§ ٢ - زوال الحيازة

(Perte de le possession)

٣٠٨ - نصوص قانونية : تنص المادة ٩٥٦ مدني على ما يأتي :

تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق ، أو فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى .

وتنص المادة ٩٥٧ مدني على ما يأتي :

١ - لا تنقضي الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقفي .

٢ - ولكن الحيازة تنقضي إذا استمر هذا المانع سنة كاملة ، وكان ناشئاً من حيازة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه . وتحسب السنة ابتداء من الوقت الذي بدأت فيه الحيازة الجديدة إذا بدأت علناً ، أو من وقت علم الحائز الأول بها إذا بدأت خفية (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩١٥ - ٩١٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٦٠ - ٩٦١ - وفي التقنين المدني الوافي لا مقابل - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٥٦ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي كان يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتي : «إذا فقد الحائز الشيء دون أن يحوزه شخص آخر ، كان له أن يستبقى الحيازة بمحض نيته مادام لم يفقد الأمل في العثور على المفقود » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٣١ في المشروع النهائي ، بعد حذف الفقرة الثانية « لأنها تطبق للقواعد العامة » . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٢٨ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٤ - ص ٤٦٥) .

م ٩٥٧ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا فروقاً لفظية . ووافقت لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٢ في المشروع النهائي ، بعد إدخال تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٩ ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٦ - ص ٤٦٨) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩١٥ - ٩١٦ (مطابق) .

ويخلص من هذه النصوص أن الحيابة تزول بزوال عنصرها المادى ، وهو السيطرة الفعلية على الحق الذى يستعمله الحائر . ثم إن الحيابة تزول أيضا بزوال عنصرها المعنوى ، وهو قصد الحائر أن يستعمل الحق لحساب نفسه ، إذ أن الحيابة متى فقدت أحد عنصرىها ، المادى أو المعنوى ، تكون قد فقدت أحد مقوماتها فتزول . ومن باب أولى تزول الحيابة إذا فقدت العنصرين معاً ، العنصر المادى والعنصر المعنوى (١) . ويلاحظ أن انتقال الحيابة إلى خلف خاص ينطوى على معنى زوال حيابة السلف ، فقد قدمنا أن الحيابة إذا انتقلت إلى خلف خاص تكون حيابة جديدة مستقلة عن حيابة السلف ، ومعنى ذلك أن حيابة السلف قد زالت وبدأت حيابة جديدة هي حيابة الخلف الخاص . وهذا بخلاف انتقال الحيابة إلى الخلف العام ، فإن حيابة الخلف العام ليست حيابة جديدة ، بل هي استمرار لحيابة السلف (٢) .

فنبحث إذن ، فى زوال الحيابة ، المسائل الآتية : (١) زوال الحيابة بفقد عنصرىها المادى والمعنوى . (٢) زوال الحيابة بفقد عنصرها المادى وحده . (٣) زوال الحيابة بفقد عنصرها المعنوى وحده .

٣٠٩ - زوال الحيابة بفقد عنصرىها المادى والمعنوى : تزول الحيابة

بداهة إذا فقد الحائر عنصرىها المادى والمعنوى معاً ، فقد عنصر السيطرة المادية وعنصر قصد استعمال الحق لحساب نفسه . ويتحقق ذلك فى أحد فرضين :

(الفرض الأول) بإرادة الحائر متطابقة مع إرادة خلفه الخاص فى الحيابة . فيتفق الحائر مع خلفه الخاص على أن ينقل له حيابة الحق الذى يستعمله ، وتنتقل الحيابة فعلاً إلى الخلف الخاص بناء على هذا الاتفاق . فهنا قد فقد الحائر عنصر السيطرة المادية على الحق وعنصر قصد استعماله لحساب نفسه ،

= التقنين المدنى الليبى م ٩٦٠ - ٩٦١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يفقد الحائر الحيابة إذا فقد عنصرىها المادى والمعنوى . أوفقد أحد العنصرين دون الآخر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٧) .

(٢) أنظر آنفاً ص ٨٩٠ .

فقد الحيازة بفقد عنصرها . وبدأ الخلف الخاص حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف ، فان هذه الحيازة السابقة قد زالت بفقد عنصرها كما تقدم القول . وقد سبق الكلام في هذا في أحكام انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص ، فنحيل إلى ما قدمناه في ذلك (١) .

(الفرض الثاني) بارادة الحائز وحده . فيتخلى الحائز عن حيازة الشيء وهذا التخلي (abandon) هو تخل من الحائز عن كل من السيطرة المادية وقصد استعمال الحق لحساب نفسه ، أى نزول عن العنصرين المادى والمعنوى . فاذا كان الشيء عقارا ، زالت الحيازة دون أن تزول الملكية . وإذا كان الشيء منقولا ، زالت الحيازة والملكية معاً متى كان قصد الحائز من التخلي عن الحيازة . هو التخلي عن الملكية . وتنص المادة ٨٧١ / ١ مدنى في هذا المعنى على أن « يصبح المنقول لا مالك له ، إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته » . فاذا ألقى شخص في الطريق أو في سلة المهملات لتلقى في الطريق منقولا لم يعد ذا نفع له ، أو حفر خندقا في أرضه أو طهر ترعة أو مصرفا فالتى بالطين والأتربة التى تستخرج من باطن الأرض على قارعة الطريق ، أو ألقى بمخلفات منزله فى صناديق القمامة ، فان هذه المنقولات تسمى بالمنقولات المتروكة (res derelictae) ، وتصبح سائبة لا مالك لها ، بعد أن تخلى المالك عن حيازتها بقصد النزول عن ملكيتها (٢) .

٣١٠ - زوال الحيازة بفقد عنصرها المادى وعمره : وقد يفقد الحائز

السيطرة المادية على الحق الذى يستعمله ، فيفقد حيازته ، ولو استبقى العنصر المعنوى وهو قصد استعمال الحق ، فان قصد استعمال الحق لا يجديه شيئا إذا هو فقد استعماله فعلا أى فقد السيطرة عليه (٣) . ويفقد الحائز السيطرة المادية على الحق إذا اغتصب الغير منه الشيء محل الحق عقارا كان أو منقولا ، أو سرقة منه أو ضاع إذا كان منقولا . مثل ذلك أن يغتصب الغير من الحائز الأرض التى فى حيازته ، أو يسرق متاعا له ، أو يضيع من الحائز مجوهرات يملكها

(١) انظر آنفا فقرة ٣٠٢ - فقرة ٣٠٧

(٢) انظر آنفا فقرة ٥ و فقرة ١٠ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٣٢ - بلانيول وريبير

وبيكار ٣ فقرة ١٥٠ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٩ ص ١١٦ .

أو يتسرب حيوان كان في حيازته . ففي هذه الفروض يفقد الحائز الحيازة بفقده « السيطرة المادية ، مهما استبقى العنصر المعنوي واحتفظ بالقصد ، فان عنصرا من عنصري الحيازة قد فقد فتزول بفقده الحيازة (١) . وتقول المادة ٩٥٦ مدني ، كما رأينا (٢) ، في هذا المعنى : « تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق ، أو إذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى » . ويلاحظ أن تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية يتضمن تخليه أيضا عن عنصر القصد ، فتزول الحيازة بفقد عنصرها المادي والمعنوي معاً . ولكن في غير التخلي ، إذا فقد الحائز سيطرته الفعلية أي العنصر المادي وحده ، فانه يفقد الحيازة بفقده أحد عنصريها . ففي حالة اغتصاب الأرض يكون الحائز هو المعتصب ، وهو يبتدىء حيازة جديدة لا صلة لها بالحيازة السابقة التي زالت بفقد عنصرها المادي (٣) . والحائز ، في حالة السرقة ، هو اللص ، وهو أيضا يبتدىء حيازة جديدة لا صلة لها بالحيازة السابقة التي زالت بفقد عنصرها المادي . أما إذا ضاع الشيء أو تسرب الحيوان ، دون أن يعثر عليه أحد فيحوزه ، فان حيازته تزول أيضا بفقد عنصرها المادي . ولكن الشيء الضائع أو الحيوان المتسرب لا يكون في حيازة أحد ، وإن بقي في ملكية الحائز السابق . وبقي هذا محتفظا بعنصر القصد . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٥٦ مدني يتضمن فقرة ثانية تقرر حكما غير هذا الحكم ، إذ كانت تجرى على الوجه الآتي : « إذا فقد الحائز الشيء دون أن يحوزه شخص آخر ، كان له أن يستبقى الحيازة بمحض نيته ، ما دام لم يفقد الأمل في العثور على المفقود » (٤) وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة « لأنها تطبق للقواعد العامة » (٥) . والصحيح أن حكم هذه الفقرة المحذوفة يخالف القواعد العامة ، فان الحيازة متى فقدت عنصرها المادي تزول ولو استبقى الحائز عنصر القصد وهو العنصر

(١) بودري وتيسيه فقرة ٢٣٣ - فقرة ٢٣٥ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٧٩

ص ١١٦ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٥٠ ص ١٦٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٨ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٨ .

(٤) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٧ .

(٥) أنظر آنفاً ص ٨٩٧ هامش ١ .

المعنوى . وقد كان المقصود بإيراد هذه الفقرة في المشروع التمهيدى أن تكون استثناء من القواعد العامة ، لا تطبيقاً لها . أما وقد حذفت ، فلم يعد بعد مجال لهذا الاستثناء . ويجب اعتبار من أضاع شيئاً أنه فقد حيازته ، وليس له أن يستبقى الحيازة بمحض نيته (animo solo) ، ولو لم يفقد الأمل في العثور على المفقود (١) .

والاستثناء من القاعدة التى تقضى بزوال الحيازة بفقد عنصرها المادى هو ما أوردته الفقرة الأولى من المادة ٩٥٧ مدنى . إذ تقول كما رأينا (٢) : « لا تنقضى الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقى » . والمفروض هنا أن المانع الذى حال دون مباشرة السيطرة الفعلية هو مانع طبيعى أو قوة قاهرة ، وأنه مانع وقى زواله مترقب ، وذلك كفيضان غمر الأرض لمدة موقوته ولا يلبث أن ينحسر فتعود الحائر الأرض السيطرة المادية عليها . فلا تعتبر الحيازة في هذا الفرض قد زالت بفقد السيطرة المادية فقدما موقتا بقوة قاهرة ، ويبقى الحائر على حيازته للأرض حتى في أثناء المدة التى غمرها الفيضان فيها . أما إذا غمر الأرض البحر أو النهر لمدة غير موقته ، فإن الحائر للأرض يكون قد فقد السيطرة المادية عليها ، ومن ثم يفقد الحيازة (٣) .

(١) عبد المنعم فرج الصدة ٣٦٨ ص ٥٦٢ هامش ١ - وقارن محمد كامل مرسى : فقرة ٢٨ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٧٧ ص ١٣١ - ١٣٢ و فقرة ٨٦ ص ١٥٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٦٥ ص ٣٩٣ - أما إذا وضع شخص شيئاً في منزله أو في مكان ، ثم نسي أين وضعه ، فانه لا يفقد حيازته ولا يعتبر أنه فقد السيطرة المادية عليه بمجرد نسيان المكان الذى وضعه فيه ، ذلك أن الشئ لا يزال في حوزته ، وإذا تذكر مكانه بعد ذلك وأخذه ، فإن حيازته له تعتبر غير منقطعة (بودرى وتيسيه فقرة ٢٣٦) .

وفي فرنسا يميز القضاء بين المنقول والعقار . ففي المنقول تجرى القواعد العامة ، ويفقد الحائر الحيازة إذا فقد العنصر المادى وحده . أما في العقار ، فيجوز أن يستبقى الحائر الحيازة بمحض نيته (animo solo) ، ولو فقد العنصر المادى . ويشترط لذلك ألا يكون شخص آخر قد استولى على العقار وحازه لمدة لا تقل عن سنة (نقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ سيويه - ١٩٤٩ - ١ - ٤٥ - ١١ يناير سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥٠ - ١٢٥) . وانظر مازو فقرة ١٤٧٢ - مارتى ورينو فقرة ١٨ - كاربونييه ص ١٣١ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ Possession فقرة ٢٧ - وقرب عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٦٨ ص ٥٦٤ - ص ٥٦٥ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٨ .

(٣) ديمولومب ١٠ فقرة ١٧٤ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٩ ص ١١٧ - بودرى .

وتيسيه فقرة ٢٣٤ .

وإذا كان الشيء عقارا واغتصبت حيازته بعلم الحائز أو دون علمه ،
 فالأصل كما قدمنا أن يفقد الحائز للعقار السيطرة المادية عليه فيفقد الحيازة .
 ولكنه مع ذلك يجوز أن يسترد حيازة العقار بدعوى استرداد الحيازة طبقا
 لقواعدها التي سيأتي بيانها ، ومن هذه القواعد أن يرفع دعوى الاسترداد في
 خلال سنة من وقت حيازة المقتصب الجديدة إذا بدأت علنا ، أو من وقت
 علم الحائز بالحيازة الجديدة إذا بدأت خفية . فان استرد الحائز حيازته على هذا
 الوجه ، إعتبر مستبقيا للحيازة بأثر رجعي حتى في أثناء المدة التي اغتصبت فيها
 منه الحيازة . أما إذا لم يستردها في خلال السنة ، فان الحيازة تزول من وقت
 أن اغتصبها المقتصب ، وذلك بسبب فقد عنصر السيطرة المادية . وتقول الفقرة
 الثانية من المادة ٩٥٧ مدني كما رأينا (١) في هذا المعنى : « ولكن الحيازة تنقضي
 إذا استمر هذا المانع سنة كاملة ، وكان ناشئا من حيازة جديدة وقعت رغم
 لإرادة الحائز أو دون علمه . وتحسب السنة ابتداء من الوقت الذي بدأت فيه
 الحيازة الجديدة إذا بدأت علنا ، أو من وقت علم الحائز الأول بها إذا بدأت
 خفية (٢) » .

وتزول الحيازة أيضا بفقد عنصرها المادي وهو عنصر السيطرة المادية ،
 إذا هلك الشيء ، أو إذا دخل في الأملاك العامة (الدومين العام) (٣) .

٣١١ - زوال الحيازة بفقد عنصرها المعنوي ومصره : وتزول الحيازة

أخيرا بفقد عنصرها المعنوي وحده ، مع بقاء عنصرها المادي وهو السيطرة
 الفعلية . ويتحقق ذلك فيما إذا كان فقد الحائز عنصر القصد في أن يجوز الشيء
 لحساب نفسه فيفقد بذلك العنصر المعنوي للحيازة ، مع استبقائه السيطرة المادية
 على الشيء فيستبقى العنصر المادي ، وإن كان يستبقيه نيابة عن من انتقل إليه

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « كذلك إذا انتقل العنصر المادي
 لشخص آخر ، ولكن انتقاله كان خلسة أو بالإكراه ، فان الحائز لا يفقد الحيازة إلا إذا
 مضت سنة كاملة من الوقت الذي علم فيه بانتقال العنصر المادي (مجموعة الأعمال التحضيرية
 ٦ ص ٤٦٧) . وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٧٩ ص ١١٦ - ص ١١٧ .

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ١٧٩ ص ١١٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٠

الشيء . وأكثر ما يكون ذلك فيما إذا باع شخص شيئاً ، واتفق مع المشتري على أن يستبقه عنده لحساب المشتري (*constitut possessorie*) . فهنا يكون البائع قد استبقى السيطرة المادية على المبيع نيابة عن المشتري ، وفقد العنصر المعنوي فلم يعد يحوز المبيع لحساب نفسه بل لحساب المشتري . وعلى ذلك يفقد الحيازة الأصلية لأنه فقد عنصرها المعنوي ، وتنقلب حيازته إلى حيازة عرضية (١) .

البحث الثاني

حماية الحيازة في ذاتها والعلاقة بين الحيازة والملكية

المطلب الأول

حماية الحيازة في ذاتها

(دعاوى الحيازة الثلاث) *

٣١٢ - **مصانعي دعاوى الحيازة** : لدعاوى الحيازة خصائص تتميز بها ، فهي : (أولاً) دعاوى تحمي الحيازة في ذاتها . (ثانياً) دعاوى تحمي حيازة العقار دون حيازة المنقول . (ثالثاً) دعاوى تحمل طابع الاستعجال فتدخل في اختصاص القاضي الجزئي .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٠ ص ١٦٨ .

* مراجع : Arclambault et Senly في القاموس العملي لدعاوى الحيازة وإقامة الحدود جزآن سنة ١٨٨٩ - سنة ١٨٩٠ Bagenet في دعاوى الحيازة وصلتها بالقانون المدني طبقاً لقضاء محكمة النقض سنة ١٩٢٣ Raviart في دعاوى الحيازة وإقامة الحدود الطبعة الخامسة سنة ١٩٢٩ - Laplatte في دعاوى الحيازة وإقامة الحدود سنة ١٩٤١ .

رسائل : Bourcart في دعاوى الحيازة باريس سنة ١٨٨٠ - Birague d'apremont في دعاوى منع التعرض باريس سنة ١٩٠٢ - Lecourt في التكييف القانوني لدعوى استرداد الحيازة Caen سنة ١٩٣١ - are في حماية الحيازة في حقوق الارتفاق سنة ١٩٣٤ - Gilles في دعاوى استرداد الحيازة سنة ١٩٣٦ - Steinher في التعرض القائم على تصرف قانوني في دعاوى الحيازة ستراسبورج سنة ١٩٣٨ - Durif في حماية الحيازة في العقار ستراسبورج سنة ١٩٤٢ - Lafage في دعاوى منع التعرض في حقوق الارتفاق غير المستمرة وفي حقوق الاستعمال في الريف بواتيه سنة ١٩٤٢ .

٣١٣- (أولاً) دعاوى الحيازة تحمي الحيازة في ذاتها : فهذا

الدعاوى إنما جعلت لحماية الحيازة في ذاتها، دون نظر إلى ما إذا كان الحائز يملك الحق الذي يحوزه أولاً يملكه . فالحائز لأرض ، أى الحائز لحق الملكية في هذه الأرض ، تحميه دعاوى الحيازة . ولا يطلب منه ، في مباشرته لهذه الدعاوى ، إلا أن يثبت حيازته للأرض بالشروط الواجب توافرها في الحيازة على الوجه الذى سبق أن بسطناها . فلا يطلب منه أن يثبت أنه مالك للأرض ، فالملكية تكون محلاً لدعوى الاستحقاق ، وهى دعوى ملكية لا دعوى حيازة تتميز ، على خلاف دعوى الحيازة ، بإجراءات طويلة معقدة ، وبطرق إثبات تزيد كثيراً في الصعوبة والعسر على طرق إثبات الحيازة . وسواء كان الحائز للأرض مالكا لها أو غير مالك ، فإنه متى أثبت حيازته للأرض كان له أن يحمي حيازته . هذه بدعاوى الحيازة فيستطيع أن يسترد حيازته ، إذا كانت قد انتزعت منه عنوة أو خلسة ، بدعوى استرداد الحيازة . وإذا لم تنتزع منه الحيازة ، ولكنها تعرضت للاعتداء أو التهديد ، فإنه يستطيع أن يدفع عنها الاعتداء أو التهديد بدعوى منع التعرض . وإذا لم تتعرض حيازته للاعتداء أو التهديد ، ولكنها توشك أن تتعرض لذلك من جراء أعمال بدىء بها ولما تم ، فإنه يستطيع أن يطلب وقف هذه الأعمال بدعوى وقف الأعمال الجديدة .

وما قلناه في حق الملكية يقال في الحقوق الأخرى التى تكون محلاً للحيازة . فدعاوى الحيازة تحمي حائز حق الانتفاع أو حائز حق الارتفاق أو حائز حق رهن الحيازة أو حائز حق المستأجر . فلا يطلب من الحائز لأحد هذه الحقوق إلا أن يثبت حيازته لهذا الحق ، فتحمي حيازته دون أن يطلب منه أن يثبت أنه صاحب هذا الحق فعلاً . ومن ثم يستطيع أن يسترد حيازته للحق بدعوى استرداد الحيازة ، وأن يرفع عنها الاعتداء والتهديد بدعوى منع التعرض ، وأن يطلب وقف الأعمال الجديدة التى توشك أن تهدد حيازته بدعوى وقف الأعمال الجديدة .

٣١٤- (ثانياً) دعاوى الحيازة تحمي حيازة العقار ووجه حيازة المنقول :

ودعاوى الحيازة لا تحمي حيازة المنقول ، فالمنقول ليس له كالعقار مستقر ثابت . يتيسر معه تمييز الحيازة عن الملكية في شأنه . فبد الحائز للمنقول تختلط بيد

المالك ، ومن ثم اختلطت الحيازة في المنقول بالملكية ، وحثت دعوى الملكية حيازة المنقول وملكيته معاً ، إذ أصبحت الحيازة في المنقول إذا اقترنت بحسن النية هي نفسها سند الملكية . هذا إلى أن دعاوى الحيازة قد نشأت كما سنرى في القانون الفرنسي القديم ، حيث كان المنقول على خلاف العقار غير ذي خطر ، فلم يستأهل أن تكون حمايته في حيازته مستقلة عن حمايته في ملكيته (*mobilierium possessio vilis*) (١) .

وكما لا يحمى المنقول بدعاوى الحيازة ، كذلك لا يحمى المجموع من المال (*universalité*) كالتركة . فالخاتر لمجموع من المال كالوارث إنما يحمى في حيازته لعقار معين من هذا المجموع ، ولا يحمى في حيازته لمجموع المال ذاته إذ المجموع من المال لا يقبل الحيازة (٢) .

ودعاوى الحيازة إنما تحمي حيازة العقار المعين بالذات ، وحماية جميع الحقوق العينية التي تقع على العقار مما يكون قابلاً للحيازة . وعلى ذلك تحمي هذه الدعاوى : (١) حيازة العقار ، أي حيازة حق الملكية في العقار ، إذا كان العقار قابلاً للحيازة . فإذا كان العقار داخلاً في الدومين العام ، فإنه لا يكون في الأصل قابلاً للحيازة ، وكان ينبغي ألا يكون هناك مجال في شأنه لدعاوى الحيازة (٣) . ولكن القضاء في فرنسا جرى على حماية الشخص العام ، في حيازته للعقار الداخل في الدومين العام ، ضد أعمال التعرض والاعتصاب الصادر من

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٥ ص ١٧٥ وهاش ٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٤ - على أن هناك استثناء نرى فيه حيازة المنقول تحمي دعاوى الحيازة ، وهذه هي حيازة حق المستأجر . فحق المستأجر ، ولو كانت العين المؤجرة عقاراً ، يعتبر منقولا (الوسيط ٨ فقرة ١٠٨ ص ٢٠١) . ومع ذلك فهناك نص صريح يقضي بجواز أن يحمي المستأجر في حيازته لحقه ، إذا كانت العين المؤجرة عقاراً طبعاً ، بدعاوى الحيازة ، إذ تنص المادة ٥٧٥ / ١ مدني على أنه «لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادي إذا صدر من أجنبي» . مادام التعرض لا يدعى حقاً ، ولكن هذا لا يخل بالمستأجر من الحق في أن يرفع باسمه على التعرض دعوى المطالبة بالتعويض وجميع دعاوى وضع اليد .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٥ ص ١٧٥ هاش ٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٤ ص ١٩٣ .

(٣) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٨٨ - ٢٤ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٣٥ .

الغير . بل إنه يحمي كل من حصل من الأفراد على ترخيص في الانتفاع بالعقار الداخل في الدومين العام ، في حيازته لهذا العقار ، بجميع دعاوى الحيازة ضد الغير (١) ، فيما عدا الجهة الإدارية التي منحتة الترخيص . أما حيازة العقار المملوك للشخص العام ملكية خاصة فتحمي بداهة بجميع دعاوى الحيازة ، شأنها في ذلك شأن أى عقار مملوك للأفراد (٢) . (٣) حيازة حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى ، إذا تعلقت هذه الحقوق بعقار . (٤) حيازة حقوق الارتفاق ، في الحدود التي تقبل فيها هذه الحقوق الحيازة ، أى حقوق الارتفاق الظاهرة (م ١٠١٦ / ٢ مدني) (٣) . (٤) حيازة حق الحكر . (٥) حيازة حق رهن الحيازة إذا تعلق بعقار (٤) .

٣١٥ - ثالثا دعاوى الحيازة تحمل طابع الاستعجال فتزعم في

اختصاص القضي الجزئي : ودعاوى الحيازة تحمل طابع الاستعجال ، إذ هي لا تتعرض للملكية كما قدمنا بل تقتصر على مجرد حماية الحيازة في ذاتها . فاجراءاتها غير طويلة وغير معقدة كدعاوى الملكية ، وهي قريبة الشبه بالدعاوى المستعجلة التي لا يجوز التعرض فيها للموضوع . ولذلك تدخل دعاوى الحيازة ، كالدعاوى المستعجلة ، في اختصاص القاضي الجزئي أيا كانت قيمة العقار ، ولو زادت هذه القيمة على نصاب هذا القضاء . وتنص المادة ٤٧ مرافعات

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٥ ص ١٨٨ - ص ١٨٩ .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٦٨ - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٦ . وتحمي دعاوى الحيازة أيضاً حيازة المنشآت القائمة في الأرض ، بناء كانت أو غراساً ، إذا كانت ملكية هذه المنشآت مستقلة عن ملكية الأرض ، إذ تعتبر في هذه الحالة عقاراً مستقلاً عن الأرض ، وتحمي حيازتها كما تحمي حيازة الأرض نفسها (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٥ ص ١٧٨) .

(٣) ويلحق بحقوق الارتفاق ، فيحمي بدعاوى الحيازة ، القيود الواردة على الملكية ، وهي القيود المتعلقة بالرى والصرف من شرب ومجرى ومسيل ، وحق المرور ، والمطلات . فاذا حصل الجار في الحدود التي رسمها القانون على حق الشرب من ماء جاره ، أو حق المرور في أرض جاره ، أو فتح مطلا على عقار جاره ، فإنه يستطيع أن يحمي حيازته بجميع دعاوى الحيازة . (٤) وتجوز حماية حق المستأجر بدعاوى الحيازة ، ولو أن هذا الحق حق شخصي ، شرط أن يكون متعلقاً بعقار .

في هذا الصدد على أن « تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتدائياً في :
 (١) دعاوى الحيازة . (ب) طلب التعويض عن سلب الحيازة أو التعدي عليها
 إذا رفع بالتبعية لدعوى الحيازة » (١) . هذا من ناحية الاختصاص النوعي ،
 ومن ناحية الاختصاص المحلي تختص بنظر دعاوى الحيازة المحكمة الجزئية الواقعة
 في دائرتها العقار أو أحد أجزائه إذا كان واقعا في دوائر محاكم متعددة
 (م ٥٦ / ١ مرافعات) . وتستأنف الأحكام الصادرة من المحكمة الجزئية في
 دعاوى الحيازة ، ولو لم ترد قيمة العقار على النصاب النهائي للقاضي الجزئي ،
 أمام المحكمة الابتدائية التي تتبعها المحكمة الجزئية التي أصدرت هذه الأحكام .

ويعتبر اختصاص القضاء الجزئي بنظر دعاوى الحيازة (الاختصاص
 النوعي) من النظام العام . فإذا رفعت دعوى الحيازة إلى غير القضاء الجزئي ،
 جاز لكل خصم أن يدفع بعدم الاختصاص في أية حالة كانت عليها الدعوى ،
 ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، بل ولأول مرة أمام محكمة النقض ،
 ويجوز للمحكمة أن تقضى بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها . أما الاختصاص
 المحلي فلا يعتبر من النظام العام ، ويجب إبداء الدفع بعدم الاختصاص المحلي

(١) ولم يورد المشروع الجديد لتقنين المرافعات مقابلا للمادة ٤٧ مرافعات ، مع أنه
 عرض لدعاوى الحيازة في المادة ٤٤ منه دون أن يجعل هذه الدعاوى من اختصاص القضاء الجزئي .
 وبالرغم من أنه لم يرد في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع شيء يبين العلة التي من أجلها لم
 ينص المشروع على اختصاص القضاء الجزئي بنظر دعاوى الحيازة ، إلا أنه يبدو أن عدم إيراد
 نص في هذا المعنى متعمد . وذلك معناه أن الاختصاص بنظر دعاوى الحيازة تتبع في شأنه القواعد
 العامة في الاختصاص النوعي الواردة في المشروع الجديد ، فيختص القضاء الجزئي بنظر هذه
 الدعاوى إذا كانت قيمة العقار لا تتجاوز خمسمائة جنيه ، ويكون حكمه انتهائياً إذا لم تتجاوز
 قيمة العقار مائة وخمسين جنيهاً ، فإن زادت القيمة على هذا المقدار جاز استئناف الحكم أمام
 المحكمة الابتدائية وعندئذ لا يكون الحكم النهائي الصادر من المحكمة الابتدائية قابلاً للطعن فيه بالنقض .
 وإذا زادت قيمة العقار على خمسمائة جنيه كانت المحكمة الابتدائية هي المختصة بنظر دعاوى
 الحيازة ، وتستأنف أحكامها أمام محكمة الاستئناف وعندئذ تكون الأحكام النهائية الصادرة
 من محكمة الاستئناف قابلة للطعن فيها بالنقض . ولعل هذا هو السبب الذي دعا واضعي المشروع
 الجديد لتقنين المرافعات إلى الانحراف عن التقاليد المستقرة في جعل دعاوى الحيازة من اختصاص
 القضاء الجزئي ، إذ يبدو أنهم أرادوا أن يفتحوا باب النقض لهذه الدعاوى عن طريق الطعن
 في الأحكام النهائية التي تصدر فيها من محاكم الاستئناف .

قبل إبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى وإلا سقط الحق فيه ، ولا يجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها اختصاصا محليا بنظر دعوى الحيازة .

ولا يجوز من المدعى عليه فى دعوى الحيازة أن يدفعها بالاستناد إلى الحق ، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل فى دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذى يصدر فيها إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه ، وكذلك لا يجوز الحكم فى دعوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه (م ٤٨ / ٢ و ٣ مرافعات وسيأتى بيانها) .

وينتص القضاء الجزئى كما رأينا (م ٤٧ ب مرافعات) بالنظر فى طلب التعويض عن سلب الحيازة أو التعدى عليها إذا رفع بالتبعية لدعوى الحيازة ، أيا كان مقدار التعويض المطلوب ولو جاوز نصاب القاضى الجزئى . ويكون حكمه فى ذلك قابلا للاستئناف أمام المحكمة الابتدائية التى تتبعها المحكمة الجزئية التى أصدرت الحكم ، ولولم يزد مقدار التعويض المطلوب على النصاب النهائى للقاضى الجزئى . وينتص القضاء الجزئى كذلك بالنظر فى طلب الحكم بالغرامة التهديدية (astreintes) (١) .

٣١٦ - الأصل التاريخى لدعوى الحيازة : يبدو أن دعوى الحيازة

لا تمت بأصلها إلى القانون الرومانى ، إذ ليست لها صلة بما كان يسمى عند الرومان (iaterdits) وإن حاول البعض دون جدوى إرجاع أصلها إلى ذلك (٢) .

والظاهر أن أصل هذه الدعوى يرجع إلى القانون الكنسى (droit canonique) ، وقد ظهرت فى العصور الوسطى فى صورة دعوى ثلاث : دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة .

وأقدم هذه الدعوى دعوى استرداد الحيازة ، وقد ورد ذكرها فى نصوص القانون الكنسى ، واستخلص منها فقهاء هذا القانون دعوى

(١) نقض فرنسى ١٠ مايو سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٥ - ١ - ٤١٢ - وانظر فى ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٧ .

(٢) أنظر فى ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٥ ص ١٩٣ هامش ٥ .

(actiospolii) ودفعاً (exceptio spoli) لحماية من انتزعت منه الحيازة بالإكراه . وتلت هذه الدعوى دعوى منع التعرض ، وقد ظهرت في القرن الثالث عشر في العادات القديمة (coutumes de Beauvoisis de Baumanoir) لحماية من يقع له تعرض في حيازة تدوم سنة كاملة . ثم ظهرت دعوى وقف الأعمال الجديدة ، وقد صيغت على غرار دعوى رومانية (nuncatio novi operis) لحماية حائز العقار من أعمال جديدة يقوم بها جاره وتوشك أن تهدد حيازته . وقد أدمجت دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض ، منذ القرن الرابع العاشر في دعوى واحدة (complainte en cas de saisine et de nouvelleté) . ولكن القانون الفرنسي الحديث رجع إلى التمييز بين هذه الدعاوى الثلاث . فذكر التقنين المدني الفرنسي دعوى استرداد الحيازة في المادة ٢٠٦٠ (ثانياً) منه في خصوص الإكراه البدني ، وقد ألغى هذا النص مع النصوص الأخرى المتعلقة بالإكراه البدني بقانون ٢٢ يولييه سنة ١٨٦٧ . وقضى تقنين المرافعات الفرنسي باختصاص قاضي الصلح في نظر دعاوى الحيازة ، ونصت المادة ٢٣ مرافعات فرنسي على أن « دعاوى الحيازة لا تقبل إلا إذا رفعت في خلال سنة من وقت التعرض لمن بقيت حيازتهم ، بأنفسهم أو بمن ينوب عنهم ، منذ سنة على الأقل ، حيازة هادئة وبصفة غير عرضية » . ثم ذكرت دعاوى الحيازة الثلاث في المادة ١ / ٦ من قانون ٢٥ مايو سنة ١٨٣٨ ، ثم في المادة ٢ / ٧ من قانون ١٢ يولييه سنة ١٩٠٥ الذي ألغى قانون ٢٥ مايو سنة ١٨٣٨ وحل محله (١) .

٣١٧ - التمييز بين دعاوى الحيازة المهرية ومطالبتها في التشريع المصري :

وقد ميز التقنين المدني المصري الجديد بين دعاوى الحيازة الثلاث تمييزاً واضحاً ، وخصها بنصوص (م ٩٥٨ - ٩٦٢ مدني) وردت بين النصوص المتعلقة بالحيازة .

ويلاحظ أن هناك فرقاً جوهرياً بين دعوى استرداد الحيازة من جهة وبين دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة من جهة أخرى . ففي حين

(١) أنظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٤ ص ١٧٣ - ص ١٧٤ وفقرة ١٨٩ ص ٢٢٩ هامش ٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٥ وفقرة ٢٠٦ ص ٢١٣ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ acton possessoire فقرة ٤ - فقرة ١٠ .

أن الدعويين الأخيرتين تحميان الحيازة بعد أن تستقر وبعد أن تدوم سنة على الأقل ويراد بهما دفع التعرض عن هذه الحيازة المستقرة ، إذا بدعوى الاسترداد تعطى كما سنرى لكل حائر ، ولو كان حائرا عرضيا ، ولو لم تدم حيازته ، سنة واحدة ، بل ولو لم تستمر حيازته غير يوم واحد أو أقل ، ما دامت هذه الحيازة قد انتزعت منه عنوة أو كان قد فقدتها خفية . ثم إن دعوى منع التعرض تتميز عن دعوى وقف الأعمال الجديدة في أن الدعوى الأولى تدفع عن الحيازة اعتداء قد وقع فعلا ، في حين أن دعوى وقف الأعمال الجديدة تحمي الحيازة ، لا من اعتداء قد وقع فعلا ، بل من اعتداء يوشك أن يقع وهو سيقع حتما لو تمت الأعمال التي بدىء بها .

وكثير من التشريعات ، كالقانون الفرنسي والقانون المصري السابق ، يكتفى بالإشارة إلى دعاوى الحيازة في نصوص تقنين المرافعات وفي خصوص تحديد المحكمة المختصة بنظر هذه الدعاوى . أما التقنين المدني المصري الجديد فقد عني بدعاوى الحيازة ، ووضعها في مكانها الصحيح بين نصوصه المتعلقة بالحيازة ، تحت عنوان « حماية الحيازة — دعاوى الحيازة الثلاث » . وبدأ بدعوى استرداد الحيازة فأفرد لها المواد ٩٥٨ — ٩٦٠ مدني ، وأعقبها بدعوى منع التعرض فأفرد لها المادة ٩٦١ مدني ، وإنهى إلى دعوى وقف الأعمال الجديدة فأفرد لها المادة ٩٦٢ مدني . ونستعرض الآن هذه الدعاوى الثلاث على التعاقب .

§ ١ — دعوى استرداد الحيازة

(La réintégration)

٣١٨ — **نصوص قانونية :** تنص المادة ٩٥٨ مدني على ما يأتي :

« ١ — لحائر العقار ، إذا فقد الحيازة ، أن يطلب خلال السنة التالية لفقدائها ردها إليه . فاذا كان فقد الحيازة خفية ، بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك » .

« ٢ — ويجوز أيضا أن يسترد الحيازة من كان حائرا بالنيابة عن غيره » . وتنص المادة ٩٥٩ مدني على ما يأتي :

١ - إذا لم يكن من فقد الحيازة قد انقضت على حيازته سنة وقت قدما ، فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أحق بالفضل . والحيازة الأحق بالفضل هي الحيازة التي تقوم على سند قانوني . فإذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند ، أو تعادلت سنداتهم ، كانت الحيازة الأحق هي الأسبق في التاريخ .

٢ - أما إذا كان فقد الحيازة بالقوة ، فللحائز في جميع الأحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيازته من المعتدى .

وتنص المادة ٩٦٠ على ما يأتي :

« للحائز أن يرفع في الميعاد القانوني دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة الشيء المغتصب منه ، ولو كان هذا الآخر حسن النية (١) . ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٥٨ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٣ في المشروع النهائي ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٠ ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية أخرى . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٩ - ص ٤٧١) .

م ٩٥٩ : ورد هذا النص في المادة ١٤١٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي :

١ - غير أنه إذا لم يكن من انتزعت منه الحيازة قد انقضت على حيازته سنة وقت انتزاعها فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أفضل . ٢ - والحيازة الأفضل هي الحيازة التي تقوم على سند قانوني ، فإذا لم يكن لدى الحائز سند أو تعادلت سندات الحائزين كانت الحيازة الأفضل هي الحيازة الأسبق في التاريخ . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٤ في المشروع النهائي ، بعد إدخال تعديلات لفظية بسيطة . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣١ ، بعد تعديله تعديلا جعله مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٢ - ص ٤٧٤) .

م ٩٦٠ : ورد هذا النص في المادة ١٤١١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٤ - ص ٤٧٥) .

(٢) ولكن أنظر ٢٦ فقرة ثانية / ٢٩ فقرة رابعة من تقنين المرافعات السابق ، ونصها : «ويحكم (القاضي الجزئي) أيضاً في الدعاوى الآتي بيانها ويكون حكمه انتهاياً : ... (ثالثاً) الدعاوى المتعلقة بالمنازعة في وضع اليد على اعتبار المبنية على فعل صادر من المدعى عليه لم تمض عليه سنة قبل رفع الدعوى» .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٦٢ - ٩٦٤ - وفي التقنين المدني
العراقي م ١١٥٠ - ١١٥٣ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (١) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل (ولكن أنظر تقنين المرافعات السوري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٦٢ - ٩٦٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٥٠ : ١ - لحائز العقار ، إذا انتزعت منه الحيازة ،
فإن يطلب من محكمة الصلح خلال سنة من تاريخ الانتزاع ردها إليه . فإذا كان انتزاع الحيازة
خفية ، بدأ سريان المدة من وقت أن ينكشف ذلك . ويجوز أيضاً أن يسترد الحيازة من كان
حائزاً بالنيابة عن غيره . ٢ - وإذا لم يكن من انتزعت منه الحيازة قد انقضت على حيازته
سنة من وقت انتزاعها ، فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أفضل .
والحيازة الفضلى هي التي تقوم على سند قانوني . وإذا أبرز كل من الطرفين سنداً قانونياً ،
ففضل صاحب السند الأقدم تاريخاً سواء تلقيا العقار من شخص واحد أو من أشخاص مختلفة ،
وإذا كان أحدهما تلقى العقار من الآخر فضل صاحب السند المتأخر تاريخاً . وإذا تعادلت
السندات أو لم يكن لدى أي منهما سند ، فضل من كان أسبق في الحيازة . فإذا استويا في ذلك ،
حكم لهما بالاشتراك في الحيازة . ٣ - وإذا لم يلجأ من انتزعت منه الحيازة إلى الطرق القانونية
يل استرد حيازته إكراهاً وتغلباً ، وطالب الطرف الآخر بإعادة يده السابقة ، حكم بإعادة
يده ، والحائز الأول بعد ذلك أن يلجأ إلى الطرق القانونية لاسترداد حيازته .

م ١١٥١ : إذا أقام الحائز دعوى وضع اليد لاسترداد حيازته ، فله أن يطلب منع
المدعى عليه من إنشاء أبنية أو غرس أشجار في العقار المتنازع فيه أثناء قيام الدعوى ، بشرط
أن يقدم تأمينات كافية لضمان ما قد يصيب المدعى عليه من الضرر إذا ظهر أن المدعى غير
محقق في دعواه .

م ١١٥٢ : ١ - إذا كان المدعى عليه قد أنشأ أبنية أو غرس أشجاراً في العقار المتنازع
إليه قبل أن يمنع من ذلك ، فله أن يطلب بقاء الأبنية والأشجار مع العقار في حيازته حتى يفصل
في دعوى الملكية ، بشرط أن يقدم تأمينات كافية لضمان ما قد يصيب المدعى من الضرر إذا
لم يثبت المدعى عليه ملكيته ، وبشرط أن يرفع دعوى الملكية في خلال شهر واحد من تاريخ
تقديمه هذه التأمينات . فإذا لم يقدم التأمينات المذكورة ، أو تأخر في رفع دعوى الملكية
عن الميعاد المذكور ، سلم العقار مع ما أحدث فيه من منشآت إلى المدعى إذا هو قدم التأمينات
الكافية ، وإلا سلم إلى عدل . ٢ - وإذا كان البناء أو الغراس واقعاً في قسم من العقار
المتنازع فيه ، فلا تطبق هذه الأحكام إلا على هذا القسم ، وتعاد يد المدعى على الباقي من العقار .

م ١١٥٣ : ١ - إذا كان المدعى عليه زرع مدرك في العقار المتنازع فيه ثم حكم برفع
يده ، أمر بحصد الزرع وتسليم العقار خالياً للمدعى . ٢ - وإذا كان البذر لم ينبت ،
فلمدعى الخيار إن شاء أعطى مثل البذر أو قيمته وتملكه ، وإن شاء تربص حتى إدراك المحصول =

ويخلص من هذه النصوص ما يأتي : (١) المدعى في دعوى استرداد الحيازة هو الحائز للعقار ، ولو كان حائزاً عرضياً بالنيابة عن غيره . (٢) المدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة هو من انتزع الحيازة من الحائز ، وكذلك خلفه ولو كان حسن النية . (٣) المدة التي ترفع في خلالها دعوى استرداد الحيازة هي سنة من وقت فقد الحيازة أو من وقت العلم بفقدانها . (٤) ما يحكم به القاضي في دعوى استرداد الحيازة يختلف باختلاف ما إذا كانت الحيازة قد دامت سنة قبل انتزاعها ، وما إذا كانت قد انتزعت بالقوة ، وما إذا كان منتزع الحيازة أحق بالتفضيل . (٥) التكييف القانوني لدعوى استرداد الحيازة هو أنها تراوح بين أن تكون دعوى شخصية من دعاوى المسؤولية ودعوى مستقلة من دعاوى الحيازة .
فنبحث هذه المسائل متعاقبة .

٣١٩ — المدعى في دعوى استرداد الحيازة : المدعى في هذه الدعوى

هو الحائز للعقار . ويجب عليه أن يثبت أنه وقت أن انتزعت منه الحيازة كان

ـ وحصده في مقابل أجر مثل العقار . ٣ — وإذا كان البذر قابلاً ولم يدرك ، فللمدعى الخيار إن شاء تربص حتى إدراك المحصول وحصده في مقابل أجر مثل العقار ، وإن شاء تسلم العقار مع ما عليه من الزرع إذا هو قدم تأمينات كافية لضمان ما قد يصيب المدعى عليه من الضرر إذا ثبتت ملكيته ، على أن يضمن المدعى قيمة البذر وحده إذا لم تثبت ملكية المدعى عليه .
(والتقنين العراقي يحفل بالتفصيلات ، وبخاصة فيما يتعلق بإنشاء الأبنية وغرس الأشجار ، والبذر إذا لم ينبت أو نبت ولم يدرك أو نبت وأدرك ، وهو في مجموعه لا يخالف أحكام التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل . ولكن انظر تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني : م ١٣ — يحكم قضاء الصلح في الدعاوى الآتية ، وأحكامهم تكون على الدوام قابلة للاستئناف : (١) الدعاوى التصرفية (دعاوى اليد) على شرط أن تقام في خلال المهلة المنصوص عليها في المادة ٤٨ م ٤٨ — لا تقبل الدعاوى التصرفية إلا في خلال سنة تبتدئ من تاريخ وقوع التعرض لحق التصرف . م ٤٩ — إن الدعاوى التصرفية نوعان : دعوى إعادة اليد وهي تستلزم وجود شخص نزعته يده ، ودعوى التعرض وهي تستلزم حصول تعرض لحق التصرف لم يبلغ حد نزع اليد . م ٥٠ — تقام دعوى إعادة اليد من قبل كل متصرف كان قبل نزع يده يتصرف تصرفاً مادياً متواصلاً سليماً ، وعليها خالي الأمن الالتباس . ويحق للمستأجر والمزارع أو صاحب الامتياز في ملك الدولة العام أن يقيم هذه الدعاوى على الشروط نفسها . (وهذه الأحكام توافق أحكام التقنين المدني المصري) .

حائزاً للعقار (١) حيازة خالية من العيوب ، أى حيازة مستمرة علنية هادئة غير غامضة (٢) محل الوجه الذى بسطناه فيما تقدم .

وليس من الضروري فى دعوى استرداد الحيازة ، وهذا هو الذى يميزها عن سائر دعاوى الحيازة ، أن يكون الحائز حائزاً أصيلاً أى حائزاً لحساب نفسه . فيجوز للحائز العرضى ، وهو الحائز لحساب غيره ، أن يكون مدعياً فى دعوى استرداد الحيازة ، ويطلب باسترداد حيازة حق الملكية فى حين أنه يكون صاحب حق انتفاع أو مرتبها رهن حيازة أو مستأجراً أو حارساً قضائياً ، أى حائزاً لحق الملكية حيازة عرضية لحساب المالك (٣) . وتصرح الفقرة الثانية من المادة ٩٥٨ مدنى : كما رأينا (٤) ، بهذا الحكم إذ تقول : « ويجوز أيضاً أن يسترد الحيازة من كان حائزاً بالنيابة عن غيره » .

و كما يجوز للحائز العرضى أن يكون مدعياً فى دعوى استرداد الحيازة . كذلك يجوز لمن قامت حيازته على عمل من أعمال التسامح ، وهو مثل الحائز العرضى مجرد من عنصر القصد فى الحيازة وليس لديه إلا السيطرة المادية ، أن يكون مدعياً فى دعوى استرداد الحيازة . ويكون مدعياً فى دعوى استرداد الحيازة أيضاً من حصل على ترخيص (concession) من الجهة الإدارية

(١) حيازة مادية حالية ، ومعنى كونها مادية أن تكون يد الحائز متصلة بالعقار اتصالاً فعلياً يجعل العقار تحت تصرفه المباشر ، ومعنى كونها حالية أن يكون هذا الاتصال قائماً فى حال وقوع النصب . وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك بأنه إذا كان الثابت أن العقار محل الدعوى (شادر) قد صدر حكم بإغلاقه لمخالفة ارتكبتها مستأجره ، ونقض حكم الإغلاق باخراج جميع الأشياء التى كانت به وإغلاق بابه وبوضع الأختام عليه ، فإن حيازة المستأجر المادية للشادر تكون قد زالت نتيجة تنفيذ الحكم الجنائى الصادر عليه . وللقول بأن المستأجر ظل حائزاً رغم ذلك هو خطأ فى فهم معنى الحيازة (نقض مدنى ٥ يونيه سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٨ رقم ١٦٦) .

(٢) استئناف مخطوط ٥ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٨٢ - ٢٦ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٩١ - ١٠ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٢٧ - ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١٤ .
(٣) استئناف مخطوط ١٧ يناير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٢١ - ٥ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٧٨ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٢٢ - ٨ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٦ (حارس قضائى) - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٤٠ - ص ٢٤١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٧ ص ٢١٦ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٣١٨ .

في الانتفاع بعقار داخل في الأملاك العامة ، ولو أن حيازته للملك العام معرضة للزوال في أى وقت بمجرد رجوع الجهة الإدارية في الترخيص (١) . ولكل من الحائر على سبيل التسامح والحائر بموجب ترخيص إدارى أن يسترد الحيازة بدعوى استرداد الحيازة ، حتى من المالك الذى أجاز الحيازة على سبيل التسامح . أو من الجهة الإدارية التى منحت الترخيص (٢) . على أنه لا يجوز استرداد الحيازة من الجهة الإدارية إذا كانت هذه الجهة قد انتزعت الحيازة من المرخص له ، لا باعتبارها تدبير الملك العام ، بل بموجب سلطتها العامة التنظيمية (pouvoir général réglementaire) ، كأن تستصدر قرارا باعتبار الأعمال التى دعت لانتزاع الحيازة من أعمال المنفعة العامة (٣) .

وليس من الضروري لرفع دعوى استرداد الحيازة أن يكون الحائر حسن النية ، فالحائر أن يرفع هذه الدعوى حتى لو كان سيء النية .

وليس من الضروري أخيراً ، لرفع دعوى استرداد الحيازة ، أن يكون الحائر قد دامت حيازته سنة كاملة قبل أن يفقد الحيازة كما يشترط ذلك في دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة على ماسرى . فأي حيازة تكون كافية ، ولو كانت حيازة لم تدم إلا يوماً واحداً أو أقل كما سبق القول (٤) .

(١) أنظر في استرداد الحيازة من الغير ولو كانت حيازة على سبيل التسامح أو كانت مرخصاً فيها من جهة إدارية : نقض مدني ٢٦ يونيو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٧ ص ٢٥١ - شين الكوم الجزئية ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٦٧ ص ١٤٨ - استئناف مختلط ١٨ يونيو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٨ رقم ١٥١ ص ٢٩٠ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٧ ص ٢١٦ - ص ٢١٧ - نقض فرنسي ٤ يونيو سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٤٧٥ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٧ ص ٢١٦ - ص ٢١٧ - نقض فرنسي أول يولييه سنة ١٨٧٤ سيريه ٧٥-١-٨٢-٢٠ أغسطس سنة ١٨٩١ دالوز ٩١-١-٣٥١ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٣١٧ - وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى استرداد الحيازة تقوم قانوناً على رد الاعتداء غير المشروع دون نظر إلى صفة واضع اليد ، فلا يشترط توافر نية التملك عند واضع اليد ولا وضع يده مدة سنة سابقة على التعرض ، ويصح دفعها من ينوب عن غيره في الحيازة ، ويكون لقبولها أن يكون لرافعها حيازة مادية حالة تجمل يده متصلة اتصالاً فعلياً قائماً في حالة وقوع النصب (نقض مدني ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٢ ص ٦٢) - وانظر مصر الكلية ١٠ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة رقم ٨٧ ص ١١٧ - نقض فرنسي سنة ١٩٣٢ جازيت دي باليه ١٩٣٢-١-٧٩٠ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٤١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٧ ص ٢١١ .

٣٢٠ — المدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة : والمدعى عليه في دعوى

استرداد الحيازة هو الشخص الذي ينتزع الحيازة من الحائز بالقوة (violence) أو بالغصب (voie de fait) علناً أو خفية (١) . فيشترط إذن أن يكون العمل الذي صدر من المدعى عليه : (١) هو عمل عدواني (acte agressif) . وقد يكون هذا العمل العدواني من الأعمال التي تعتبر جريمة في القانون الجنائي ، ولكن ليس من الضروري أن يكون كذلك ، فيكفي أن يكون عملاً غير مشروع من الناحية المدنية . والمهم أن يكون اعتداء إيجابياً يقع على حيازة الحائز ، ويكون من شأنه أن يعكر السلام ويخل بالأمن العام ويبرر حق الدفاع الشرعي . فالمدعى عليه ، في إثباته لهذا العمل ، يكون في موقف من يأخذ حقه بيده دون أن يلجأ إلى القضاء (٢) . وهذا هو المحور الذي تدور عليه دعوى استرداد الحيازة ، فهي جزاء حق على هذا العمل العدواني بقدر ما هي حماية فعالة للحائز في حيازته . وليس يلزم أن يكون العمل العدواني منطوياً على القوة والعنف وإن كان هذا هو الغالب ، بل يكفي أن يستولي المعتدى على العقار غصباً وقهراً ، أو خلصة دون علم الحائز ، بحيث يقوم عقبة أمام الحائز في حيازته لا يستطيع تخطيها إلا إذا التجأ إلى العنف (٣) (٢) ويجب أن يكون

(١) وقد قضى بأن الغصب في دعوى استرداد الحيازة يكفي فيه توجيهه إلى العقار ذاته ، دون حاجة إلى أن يكون الحائز محل اعتداء ، فالاستيلاء خلصة يقوم مقام الغصب (أسيوط الكلية ٢٦ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٧٣ ص ١١٩) . وقضى بأنه يجوز أيضاً أن يكون الاغتصاب مبنياً على أفعال الفس والتدليس وبغير رضا من اغتصب منه العقار (نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٧ رقم ٨) . وإذا أدخل إنسان آخر في عقار تحت حيازته تسامحاً ، وكان هذا الأخير يظن نية اغتصابه ، فلا يذهب ببله وقوع الاغتصاب إلا من يوم وضوح هذه النية ، وكذلك إذا كان الاغتصاب خفية فلا تبدأ السنة المحددة لرفع الدعوى إلا من يوم ظهورها للبيان (بني سويف الكلية ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٦٧ ص ٢٦٨) . وقضى بأن تعتبر دعوى استرداد الحيازة مقبولة إذا كانت ناشئة عن نزاع اليد ، بموجب حكم قضائي ، متى كان هذا الحكم غير ملزم قانوناً لحائز العقار ، حتى لو كان الحكم صادراً لمجرد تنفيذ حكم بتعيين حارس قضائي على العين (استئناف مختلط ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ٢٠٦ ص ٢٩٩) .

(٢) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٢٠٨ ص ٢١٧ — مازو فقرة ١٤٦٦ .

(٣) نقض مدني ٢٦ يونيو سنة ١٩٣٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٨ رقم ١٦١ — ٢٢ أكتوبر ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٩ رقم ١٦٧ — ٤ مايو سنة ١٩٤٤ نفس المجموعة ١ ص ٦٤٨ رقم ١٦٤ — ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص ٦٤٨ رقم ١٦٢ — ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٢ ص ٦٢ . بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٢٠٨ .

هذا العمل العدواني قد وقع في العقار ذاته الذي هو في حيازة الحائز ، أما إذا وقع في عقار المعتدى فان ذلك لا يكفي لرفع دعوى استرداد الحيازة ، وإن كان يكفي لرفع دعوى منع التعرض أو دعوى وقف الأعمال الجديدة (١) .

(٣) ويجب أخيراً أن يكون هذا العمل العدواني قد انتهى إلى انتزاع الحيازة من الحائز ، بحيث لا يصبح في مكنة الحائز أن يستعيد هذه الحيازة دون أن يقف هذا العمل أمامه عقبة تحول دون ذلك (٢) .

وليس يلزم أن يكون المدعى عليه الذي ارتكب هذا العمل العدواني سيء النية ، فقد يكون معتقداً بحسن نية ، بل قد يكون على حق في اعتقاده ، بأن العقار الذي انتزع حيازته هو عقار مملوك له . ولكنه مع ذلك يكون قد أخطأ في تعمله أن يأخذ حقه بيده بدلاً من أن يلجأ إلى القضاء ، ومن ثم يكون انتزاعه الحيازة عملاً عدوانياً يوجب قبل كل أمر آخر أن ترد الحيازة إلى الحائز (spoliatus ante omnia resituiendus) . ثم ينظر بعد ذلك ، بالوسائل التي قررها القانون ، - من الخصمين له الحق في ملكية العقار ، أو له الحق في حيازته (٣) .

ولا يجوز للمدعى رفع دعوى استرداد الحيازة إذا كان مرتبطاً مع المدعى عليه بعقد وكان انتزاع الحيازة يدخل في نطاق هذا العقد ، فالواجب في هذه

(١) نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٨ رقم ١٦٥ - نقض فرنسي ١٣ يناير سنة ١٩٤٠ جازيت دي باليه ١٩٤٠ - ٤٢٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٨ ص ٢١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى استرداد الحيازة نستلزم بطبيعتها وقوع أعمال عنف وقوة مادية تكون قد سلبت حيازة مادية أيضاً . وهي بهذه المثابة لا يمكن أن يكون موضوعها إعادة مسق أو مصرف هدمها المدعى عليه ويرى المدعى أن له حق ارتفاق عليهما ، إذا كانت المسق أو المصرف اللذان هما محل الارتفاق مقطوعاً بأنهما في يد المدعى عليه (نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٨٠ ص ١١٦٧) .

وانظر نقض فرنسي ١٥ يونيو سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٩ - ١ - ٢٨٣ - ٤ يونيو سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٤٧٥ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٤٢ - ص ٢٤٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٨ ص ٢١٨) .

(٣) قرب أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٤٤ - ص ٢٤٥ - وتنص المادة ١١٥٠ / ٣ مدني عراقي على ما يأتي : « وإذا لم يلجأ من انتزعت منه الحيازة إلى الطرق القانونية بل استرد حيازته إكراهاً وتغلباً ، وطالب الطرف الآخر بإعادة يده السابقة ، حكم بإعادة يده وللحائز الأول بعد ذلك أن يلجأ إلى الطرق القانونية لاسترداد حيازته » (انظر آنفاً ص ٩١٢ هامش ١) .

الحالة أن يلجأ المدعى إلى دعوى العقد ، لا إلى دعوى استرداد الحيازة ، لإلزام المدعى عليه بمراعاة شروط العقد (١) .

وإذا انتقلت حيازة العقار المقتصب من المقتصب إلى الغير ، سواء كان الغير خلفا عاما كالوارث أو خلفا خاصا كالمشتري ، فإن خلف المقتصب الذى انتقلت إليه الحيازة يكون هو المدعى عليه فى دعوى استرداد الحيازة (٢) . ويستطيع المدعى أن يسترد منه حيازة العقار بهذه الدعوى ، حتى لو كان الخلف حسن النية لا يعلم أن سلفه قد اغتصب حيازة العقار . وتنص المادة ٩٦٠ صراحة على هذا الحكم ، إذ تقول كما رأينا (٣) : « للحائر أن يرفع فى الميعاد القانونى دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة الشيء المقتصب منه ، ولو كان هذا الأخير حسن النية » . أما فى فرنسا فدعوى استرداد الحيازة دعوى شخصية محضة لا ترفع إلا على مقتصب الحيازة نفسه ، ولا ترفع على الغير الذى انتقلت إليه الحيازة المقتصة إلا إذا كان شريكا للمقتصب أو كان سىء النية يعلم أن الحيازة التى انتقلت إليه حيازة مقتصة (٤) ، ومن ذلك نرى أن دعوى استرداد الحيازة فى مصر تنطوى على شيء من العينية ، فهى إلى أنها جزاء على الاغتصاب فى ذاته تعتبر كذلك حماية للحيازة ، فيجوز عن طريقها للحائر أن يسترد حيازته ، لا من المقتصب فحسب . بل أيضا من الغير الذى نقل إليه المقتصب الحيازة ولو كان هذا الغير حسن النية .

٣٢١ — المرة التى ترفع فى مهرلها دعوى استرداد الحيازة : تنص المادة

١/٩٥٨ مدنى ، كما رأينا (٥) ، على أن « للحائر العقار ، إذا فقد الحيازة ،

(١) نقض فرنسى أول فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت دى باليه ١٧ مارس سنة ١٩٢٢ ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعى ١٩٢٩ - ٤٨٩ - ١٨ يناير سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٥٠ - ١ - ١٤٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٩ ص ٢١٩ - أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ action possessorie فقرة ١٦٣ - فقرة ١٦٧ - وانظر فيما يتعلق بدعوى منع التعرض مايلي فقرة ٣٣٥ .

(٢) استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٠٣ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢١ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٠ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣١٨ .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٤٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٩ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٣١٨ .

أن يطلب خلال السنة التالية لفقدائها ردها إليه . فإذا كان فقد الحيازة خفية .
بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك . فيجب إذن أن ترفع دعوى
استرداد الحيازة في خلال سنة واحدة تسرى من وقت انتزاع الحيازة من
الحائز إذا كان هذا الانتزاع بالقوة أو بالغصب علانية ، إذ يكون الحائز عالماً
في هذه الحالة بوقت انتزاع الحيازة منه . أما إذا كان انتزاع الحيازة وقع خلسة
دون أن يعلم به الحائز وقت وقوعه ، فإن السنة التي يجب أن ترفع في خلالها
دعوى استرداد الحيازة تسرى من وقت أن ينكشف ذلك ، أي من وقت
أن يعلم الحائز بانتزاع الحيازة منه (١) .

ومدة السنة هذه مدة سقوط (délai de déchéance) لامدة تقادم
(délai de prescription) ، فإذا لم ترفع دعوى استرداد الحيازة في
خلالها لم يجز رفعها بعد انقضاء السنة . والدعوى التي ترفع بعد انقضاء هذه
المدة لا يجوز قبولها . ولما كانت مدة السنة مدة سقوط ، فإنه يترتب على ذلك
أنها تسرى على غير كامل الأهلية من قاصر ومحجور عليه وعلى الغائبين .
ويترتب على ذلك أيضاً أنها لا توقف . ولا تنقطع . وهذا هو الرأي المعمول
به في فرنسا ، وإن كانت محكمة النقض الفرنسية قضت في بعض أحكامها بأن
مدة السنة التي يجب أن ترفع في خلالها دعاوى الحيازة هي مدة تقادم لا مدة
سقوط ، فيرد عليها الوقف والانقطاع (٢) .

(١) والمدعى هو الذي يقع عليه عبء إثبات أنه رفع دعواه في مدة السنة (نقض
فرنسي ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٩١ سيرييه ٩٢ - ١ - ١٨٣ - أوبري وزو ٢ فقرة ١٨٦ ص
١٩٩) . فإذا لم يرفع المدعى دعوى استرداد الحيازة في مدة السنة ، بقى منتزع الحيازة
مستقبياً إياها ، فأصبح هو نفسه حائزاً تحمي حيازته بجميع دعاوى الحيازة لأنها استمرت سنة
كاملة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : «دعوى استرداد
الحيازة ، ويستطيع الحائز أن يسترد بها حيازته بمن اغتصبها . ويشترط أن ترفع الدعوى في
السنة التالية لانتزاع الحيازة كرهاً ، أولكشف انتزاعها خلسة . وترفع ضد من انتزع الحيازة .
أو من خلقه ولو كان حسن النية . على أن الحائز الذي يرفع دعوى استرداد الحيازة يجب أن يكون
هو نفسه قد استمرت حيازته سنة كاملة على الأقل ، فإن لم تكن قد استمرت هذه المدة وانتزعت
منه ، فإن كان لم يستردها في خلال السنة ، كان من انتزع الحيازة هو الحائز وهو الذي تحمي
حيازته لأنها بقيت سنة» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٩) .

(٢) نقض فرنسي ٢٣ فبراير سنة ١٨٨٠ سيرييه ٨٠ - ١ - ٤٢٤ - ٣ أبريل سنة ١٩٠٦
سيرييه ١٩٠٧ - ١ - ٤١٧ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ جازيت دي باليه ١٩٣٩ - ١ - ١٧٨ -
وانظر مارتى ورينو فقرة ٢١٢ أنسيكلو بيدي دالوز ١ لفظ action possessoire فقرة ٥٦ .

٣٢٢ — ما يحكم به دعوى استرداد الحيازة - أموال أربع : أما الذى يحكم به القاضى فى دعوى استرداد الحيازة ، إذا توافرت شروطها على النحو الذى بسطناه ، فيختلف باختلاف الأحوال . وهناك أحوال أربع يجب ، فى هذا الصدد ، تمييزها بعضها عن بعض : (الحالة الأولى) إذا كان المدعى الذى إنتزعت منه الحيازة قد دامت حيازته مدة لا تقل عن سنة . (الحالة الثانية) إذا كانت حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولكن المدعى فقد الحيازة بالقوة (violence) . (الحالة الثالثة) إذا كانت حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولم يفقد المدعى الحيازة بالقوة (بل فقدوها غصبا أو خلسة) ولكن المدعى عليه لا يستند إلى حيازة أحق بالفضل . (الحالة الرابعة) إذا كانت حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولم يفقد المدعى الحيازة بالقوة ولكن المدعى عليه يستند إلى حيازة أحق بالفضل .

٣٢٣ — الحالة الأولى - حيازة المدعى دامت مدة لا تقل عن سنة : ويلاحظ فى هذه الحالة أن المدعى كان يستطيع رفع دعوى منع التعرض ، لأن حيازته دامت مدة لا تقل عن سنة . وإنما لجأ إلى دعوى استرداد الحيازة لأن الاعتداء على حيازته لم يقتصر على مجرد التعرض لها ، بل انتهى إلى إنتزاعها منه عنفا أو غصبا أو اختلاسا ، فليس له بد من رفع دعوى استرداد الحيازة . فإذا ما رفعها قضى له برد حيازته إليه . وبإعادة العقار إلى أصله إن كان المدعى عليه قد أحدث فيه تغييرا . فإن كان قد أقام فيه بناء جديدا قضى بهدمه ، أو هدم بناء كان موجودا قضى بإعادته (١) . ويستطيع القاضى أن يحكم على المدعى عليه بغرامة تهديدية ، ليحمله على تنفيذ ما قضى عليه به . كذلك يحكم القاضى بتعويض على المدعى عليه عما سببه من أضرار للمدعى بسبب التعدى على حيازته ، وذلك طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية (٢) .

(١) وذلك ما لم يكن المدعى عليه موجهة الإدارة ، وقامت هذه الجهة بأشغال عامة travaux publics فى العقار ، فلا يجوز القضاء بهدم هذه الأشغال أو بإعادة الأرض إلى حالتها الأصلية ، لأن هذا ينطوى على تعطيل لتنفيذ قرار إدارى ولا ولاية للقضاء فى ذلك (بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٢١٠ - وانظر فيما يتعلق بدعوى منع التعرض مايلي فقرة ٣٢٣) .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٤٥ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٢١٠ .

والحكم الذى يصدر برد الحيازة إلى المدعى ، فى الحالة التى نحن بصدددها ، يرد الحيازة إليه وكأنها لم تنقطع مدة انتزاعها منه . والمفروض أن المدعى قد دامت حيازته قبل انتزاعها مدة لا تقل عن سنة ، فعند ما ترد إليه الحيازة تعتبر هذه الحيازة دائمة لم تنقطع ، فتكون قد دامت أكثر من سنة . وعلى ذلك يستطيع دفع الاعتداء عنها بجميع دعاوى الحيازة ، لأنها دامت سنة بل أكثر كما سبق القول . ومن ثم يستطيع أن يرفع دعوى استرداد الحيازة من جديد فيما إذا انتزعت منه الحيازة مرة أخرى .

٣٢٤ — الحازة الثانية - حيازة المدعى لم تدم - من كاملة ولكن

الحيازة انتزعت بالقوة : فى هذه الحالة لا يكون للمدعى دعوى منع التعرض لو وقع اعتداء على حيازته دون أن تنتزع منه هذه الحيازة ، لأن الحيازة لم تدم سنة كاملة وشرط دعوى منع التعرض أن تدوم الحيازة هذه المدة كما سئرى . ولكن المفروض فى هذه الحالة أن الحيازة قد انتزعت من المدعى بالقوة (viobance) ، لذلك يكون له رفع دعوى استرداد الحيازة بالرغم من أن حيازته لم تدم سنة كاملة ، لأنه لا يشترط فى هذه الحالة أن تكون الحيازة قد دامت هذه المدة . وتكون دعوى استرداد الحيازة هنا جزاء على انتزاع الحيازة بالقوة ، أى دعوى مسئولية تقصيرية أكثر منها دعوى لحماية الحيازة . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٥٩ مدنى ، كما رأينا (١) ، فى هذا الصدد على ما يأتى : « أما إذا كان فقد الحيازة بالقوة ، فللحائز فى جميع الأحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيازته من المعتدى » .

وعلى ذلك يقضى للمدعى برد حيازته إليه ، وبإعادة العقار إلى أصله ، وبالغرامة التهديدية ، شأن المدعى فى هذه الحالة شأنه فى الحالة الأولى . ويقضى له كذلك بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب انتزاع حيازته منه ، ويلاحظ هنا بوجه خاص استعمال المدعى عليه للقوة فى إنتزاع الحيازة .

والحكم الذى يصدر برد الحيازة فى هذه الحالة يقتصر على رد الحيازة الملاحية إلى المدعى مؤقتا ، دون أن يحسم النزاع فيمن له حق الحيازة القانونية . فيجوز للمدعى عليه ، بعد أن يرد الحيازة للمدعى ، أن يعود فيرفع هو دعوى

استرداد الحيابة على المدعى ، إذا استطاع رفعها في الميعاد القانوني وأثبت أن المدعى كان قد سبق له أن انتزع منه الحيابة . فإذا نجح في دعواه واسترد الحيابة ، كان له أيضا أن يرفع دعوى منع التعرض أو دعوى وقف الأعمال الجديدة إذا توافرت شروط أى دعوى منها (١) .

٣٢٥ — الحالة الثالثة — حيابة المدعى لم تدم ستة كاملة ولم تنتزع

بالقوة ولكنه المدعى عليه لا يستند إلى حيابة أمم . بالتفضيل : في هذه الحالة الثالثة لم تدم حيابة المدعى ستة كاملة ولم تنتزع منه بالقوة ، حتى يحق له رفع دعوى استرداد الحيابة كما كان يفعل في الحالتين الأولى والثانية . ولكن القانون يعطيه مع ذلك حق رفع دعوى استرداد الحيابة ، لأن المدعى عليه الذى انتزع منه الحيابة لا يستند هو نفسه إلى حيابة أحق بالتفضيل .

وهنا تعتمد الفقرة الأولى للمادة ٩٥٩ مدنى إلى وضع قواعد للمفاضلة بين حيابة وأخرى ، وهى قواعد تشبه القواعد التى وضعها القضاء الفرنسى لإثبات حق الملكية ، إذ هى مثلها تميز بين صور ثلاث : صورة ما إذا وجد سند قانونى عند كل من الخصمين ، وصورة ما إذا لم يوجد سند قانونى عند أى من الخصمين ، وصورة ما إذا وجد سند قانونى عند أحد الخصمين دون الآخر . وقد سبق بسط هذه القواعد فيما يتعلق بإثبات حق الملكية (٢) ، والآن نعرض لنظائرها فيما يتعلق بالمفاضلة بين حيابة وأخرى . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٥٩ مدنى ، كما رأينا (٣) ، على أنه « إذا لم يكن من فقد الحيابة قد انقضت على حيازته ستة وقت فقدانها ، فلا يجوز أن يسترد الحيابة إلا من شخص لا يستند إلى حيابة أحق بالتفضيل . والحيابة الأحق بالتفضيل هى التى تقوم على سند قانونى . فإذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند ، أوتعادت سنداتهم ، كانت الحيابة الأحق هى الأسبق فى التاريخ » . ويستخلص من النص سالف الذكر أنه إذا أريدت المفاضلة بين حيازتين ، وجب التمييز بين الصور الآتية : (١) إذا قامت كل من الحيازتين على سند قانونى ، كأن يتمسك

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٤٥ — بلانيول وريبير وبيكار ٢ فقرة ٢١٠ .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٣٧٦ — فقرة ٢٨٠ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣١٨ .

المدعى بسند بيع صادر له من شخص فى حين أن المدعى عليه يتمسك بسند بيع صادر له من شخص آخر ، فضلت الحيازة الأسبق فى التاريخ سواء كان سندها سابقا على سند الحيازة الأخرى أولا حقا له . (٢) إذا لم تقم أى من الحيازتين على سند قانونى ، فإن الحيازة الأسبق فى التاريخ هى التى تفضل هنا أيضا . (٣) إذا قامت إحدى الحيازتين على سند قانونى ولم تقم الحيازة الأخرى على سند مقابل ، فضلت الحيازة التى تقوم على سند قانونى سواء كانت سابقة على الحيازة الأخرى أولا حقه لها .

ونطبق هذه القواعد فى الحالة الثالثة التى نحن بصدددها . فإذا كان المدعى عليه فى دعوى استرداد الحيازة لم يثبت أنه كان يحوز العقار حيازة أحق بالترتيب من حيازة المدعى ، فلم يثبت أن حيازته تقوم على سند قانونى فى حين أن حيازة المدعى لا تقوم على سند مقابل ، أو لم يثبت أن حيازته أسبق فى التاريخ فى حين أن كلا من الحيازتين يقوم على سند قانونى أولا يقوم أى منهما على هذا السند ، كسب المدعى الدعوى ، وقضى برد الحيازة إليه ، وبإعادة العقار إلى أصله ، وبالغرامة التهديدية ، وبالتعويض ، كما هو الأمر فى الحالتين الأولى والثانية . وإذا ردت الحيازة إلى المدعى ، بقيت مستقرة عنده لأن المدعى عليه لم يثبت أنه كان يحوز العقار حيازة أحق بالترتيب . وإذا أراد المدعى عليه أن يسترد العقار من المدعى ، لم يكن أمامه لاسترداده إلا أن يرفع دعوى الملكية على المدعى لأن هذا هو الحائر . فيصبح المدعى عليه فى دعوى استرداد الحيازة مدعىا فى دعوى الملكية ، ويحمل عبء إثبات حق ملكيته للعقار .

٣٢٦ — الحرة الرابعة - حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولم تنتزع

بالقوة ولكن المدعى عليه يستند إلى حيازة أمضى بالترتيب : فى هذه الحالة الرابعة لم تدم حيازة المدعى سنة كاملة ولم تنتزع منه بالقوة ، فليس له أن يسترد حيازته لأحد هذين السببين . ثم إن المدعى عليه يستند إلى حيازة أحق بالترتيب ، فيفضل عليه ، ولا يستطيع المدعى أن يسترد منه الحيازة . وهذه الحالة الرابعة هى الحالة الوحيدة بين الحالات الأربع التى فيها لا يستطيع المدعى أن يسترد الحيازة ، بالرغم من أن الحيازة قد انتزعت منه غصبا أو خلصة ، ما دامت

لم تنتزع منه بالقوة ، وما دامت حيازة المدعى عليه أحق بالترتيب (١) .
 ويحمل المدعى عليه عبء إثبات أن حيازته أحق بالترتيب . وعليه أن
 يثبت ، إذا قام كل من الحيازتين على سند قانوني أو لم يتم أى منهما على هذا
 السند ، أن حيازته أسبق في التاريخ من حيازة المدعى . وكذلك تكون حيازته
 أحق بالترتيب ، إذا هو أثبت أنها تقوم على سند قانوني ، ولم يثبت المدعى
 أن حيازته تقوم هي أيضا على سند قانوني .

فاذا أثبت المدعى عليه أن حيازته أحق بالترتيب على الوجه سالف الذكر ،
 لم يقض برد الحيازة إلى المدعى ، وبقي المدعى عليه مستقرا في الحيازة التي
 انتزعها لأنها حيازة أحق بالترتيب كما سبق القول . وإذا أراد المدعى أن
 يسترد العقار ، فليس أمامه إلا أن يرفع دعوى الملكية بعد أن أخفق في دعوى
 استرداد الحيازة . وفي دعوى الملكية يبقى المدعى عليه وقد استقر في حيازته
 هو المدعى عليه كما كان في دعوى استرداد الحيازة ، ويقع عبء إثبات الملكية
 على المدعى . فاذا استطاع أن يثبت ملكيته استرد العقار بالرغم من أن حيازة
 المدعى عليه أحق بالترتيب ، وإذا لم يستطع إثبات ملكيته بقي العقار في يد
 المدعى عليه بعد أن أثبت أن حيازته أحق بالترتيب .

٣٢٧ — التكييف القانوني لدعوى استرداد الحيازة : ودعوى استرداد

الحيازة في القانون المصري ، على النحو الذي قدمناه ، هي دعوى تراوح
 بين أن تكون دعوى وضعت جزاء لعمل غير مشروع هو انتزاع الحيازة
 فهي دعوى من دعاوى المسؤولية ، وبين أن تكون دعوى وضعت لحماية
 الحيازة فهي دعوى من دعاوى الحيازة . وهذا بخلاف القانون الفرنسي ،
 فدعوى استرداد الحيازة في هذا القانون أقرب إلى أن تكون دعوى شخصية
 من دعاوى المسؤولية وضعت جزاء على عمل غير مشروع هو انتزاع الحيازة ، من
 أن تكون دعوى عينية من دعاوى الحيازة وضعت لحماية الحيازة في ذاتها (٢)

(١) ولا يعرف القانون الفرنسي هذه الحالة ، بل إنه يقضي برد الحيازة إلى المدعى متى
 أثبت أن حيازته انتزعت منه ولو بغير القوة ، ولو خلسة ، دون أن يفاضل بين حيازة المدعى
 وحيازة المدعى عليه كما يفاضل التقنين المصري فيما رأيناه .

(٢) أنظر في التكييف القانوني لدعوى استرداد الحيازة في القانون الفرنسي : أوبري
 ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص ٢٣٩ - ص ٢٤٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٦ ص ٢١٤ -
 ٢١٥ - كولان وكاييتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٣٠٥ - مازو وفترة ١٤٦٦ - فقرة
 ١٤٦٧ - مارتى ورينو فقرة ٢١٦ - أنسيكلو يدي دالوز لفظ action possessoire فقرة
 ١٢٥ - فقرة ١٣٤ .

أما أن دعوى استرداد الحيازة في القانون المصري تشارك دعاوى المسؤولية، فإن هذا يظهر في نواح متعددة : (١) فهي ترد الحيازة حتى للحائز العرضي الذي لا يجوز لحساب نفسه بل يجوز لحساب غيره ، فيكفي أن يكون للشخص مجرد سيطرة مادية على الشيء ، فإذا انتزعت منه هذه السيطرة كان هذا عملاً غير مشروع جزاؤه رد هذه السيطرة لمن كانت له من قبل عن طريق دعوى استرداد الحيازة . (٢) وكذلك الحال فيما لو قامت الحيازة على عمل من أعمال التسامح أو على ترخيص إداري بجوز الرجوع فيه في أي وقت ، فإننا لا نكون بصدد حيازة بالمعنى الصحيح بل بصدد مجرد سيطرة مادية . ومع ذلك إذا انتزعت هذه السيطرة من صاحبها ، كان هذا أيضاً عملاً غير مشروع ، وجاز أن ترد هذه السيطرة إلى من كانت له من قبل ، عن طريق دعوى استرداد الحيازة . (٣) وإذا اكتمل للحيازة عنصرها فأصبحت حيازة قانونية، ولكنها لم تستقر استقراراً كافياً بأن لم تدم مدة سنة كاملة، فإن انتزاعها بالقوة يعتبر كذلك عملاً غير مشروع ، وتكون دعوى استرداد الحيازة هنا أيضاً جزاء على القوة التي استعملت في نزع الحيازة . ورد الحيازة إلى صاحبها في هذا الفرض أقرب إلى أن يكون جزاء على عمل غير مشروع هو القوة التي استعملت ، من أن يكون حماية لحيازة لم تستقر ولم تدم مدة كافية .

وأما أن دعوى استرداد الحيازة في القانون المصري تشارك دعاوى الحيازة، فإن هذا أيضاً يظهر في نواح متعددة : (١) فإن الحيازة إذا انتزعت بغير القوة لا ترد إلا إذا كانت قد دامت سنة كاملة ، أي كانت حيازة مستقرة دامت مدة كافية . فالدعوى هنا أقرب إلى أن تكون دعوى من دعاوى الحيازة تحمي الحيازة المستقرة، من أن تكون جزاء على المسؤولية . (٢) ولا ترد الحيازة إذا انتزعت بغير القوة ، ولو لم تدم سنة كاملة ، من الشخص الذي انتزعها وكانت له حيازة أحق بالترتيب من حيازة المدعى . فهذا معناه أننا نفاضل بين حيازة وحيازة ، ونحمي الحيازة الأحق بالترتيب . فالدعوى على هذا النحو أقرب إلى أن تكون دعوى من دعاوى الحيازة تحمي الحيازة الأحق بالترتيب ، من أن تكون جزاء على المسؤولية . (٣) ويجوز رفع الدعوى على من انتقلت إليه حيازة العقار المغتصب من مغتصب الحيازة ، ولو كان الأول

حسن النية (م ٩٦٠ مدني) . وقد قدمنا في هذا الصدد أن دعوى استرداد الحيازة في مصر تنطوي على شيء من العينية ، فهي إلى أنها جزاء على الاغتصاب في ذاته تعتبر كذلك حماية للحيازة ، فيجوز عن طريقه اللحائر أن يسترد حيازته من الغير ولو كان هذا الغير حسن النية^(١)

§ ٢ - دعوى منع التعرض

(La complainte)

٣٢٨ — نص قانوني : تنص المادة ٩٦١ مدني على ما يأتي :

« من حاز عقارا واستمر حائرا له سنة كاملة ، ثم وقع له تعرض في حيازته ، جاز أن يدفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض^(٢) » .
ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق^(٣) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل — وفي التقنين المدني الليبي م ٩٦٥ — وفي التقنين المدني العراقي م ١١٥٤ — وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل^(٤) .

(١) أنظر آنفاً ص ٩١٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤١٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٦ — ص ٤٧٧) .

(٣) ولكن أنظر م ٢٦ فقرة ثانية / ٢٩ فقرة رابعة من تقنين المرافعات السابق ، ونصها : « ويحكم (القاضي الجزئي) أيضاً في الدعاوى الآتية بيانها ويكون حكمه انتهاياً : (ثالثاً) للدعاوى المتعلقة بالمنازعة في وضع اليد على العقار المبينة على فعل صادر من المدعى عليه لم تمض عليه سنة قبل رفع الدعوى » .

(٤) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل (ولكن أنظر تقنين المرافعات السوري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٦٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٥٤ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل — ولكن أنظر تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني

م ١٣ و م ٤٨ — ٤٩ (سبق ذكرها آنفاً ص ٩١٢ هامش ١) و م ٥١ : إن دعوى التعرض تستلزم إقامتها وجود واضح يد كان منذ سنة على الأقل متصرفاً بنفسه أو بواسطة سلفائه تصرفاً جامعاً للأوصاف المبينة في المادة السابقة . (وهذا الحكم يوافق حكم التقنين المصري) .

وهذا النص يعرض لدعوى منع التعرض ، وهى دعوى الحيازة الرئيسية ،
إذ هى تحمى الحيازة فى ذاتها وهى الحيازة الأصلية دون الحيازة العرضية .
ولذلك تتميز عن دعوى استرداد الحيازة ، فقد رأينا أن هذه الدعوى الأخيرة
تحمى الحيازة العرضية كما تحمى الحيازة الأصلية ، وأنها تتراوح بين أن
تكون دعوى شخصية من دعاوى المسؤولية ودعوى مستقلة من دعاوى الحيازة .
أما دعوى منع التعرض التى نحن بصددها فلا تحمى إلا الحيازة الأصلية وبشرط
أن تستقر مدة سنة كاملة على الأقل ، ولذلك تتمحض دعوى حيازة ، بل
هى دعوى الحيازة المثل .

ونبحث فى شأنها : كما بحثنا فى شأن دعوى استرداد الحيازة ، المسائل
الآتية : (١) المدعى فى دعوى منع التعرض . (٢) المدعى عليه فى هذه الدعوى .
(٣) المدة التى ترفع الدعوى فى خلالها . (٤) ما يحكم به القاضى فى هذه
الدعوى .

٣٢٩ — المدعى فى دعوى منع التعرض : المدعى فى دعوى منع التعرض
هو الحائز للعقار . ويجب عليه أن يثبت هنا ، كما رأينا أنه يجب عليه أن يثبت
فى دعوى استرداد الحيازة (١) ، أنه وقت أن وقع التعرض له كان حائزاً
للعقار (٢) حيازة خالية من العيوب ، أى حيازة مستمرة علنية هادئة (٣)
(١) أنظر آنفاً فقرة ٣١٩ .

(٢) وإذا كانت الحيازة على الشيوع ، فالحائز على الشيوع أن يرفع دعاوى وضع اليد
على شركائه الذين ينكرون عليه حقه فى الانتفاع بمظهر مادية تخالف حقوق الشركاء فى الشيوع
(نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء
أول ص ٦٤٧ رقم ١٥٦ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٧ رقم
١٥٩ - ٤ مايو سنة ١٩٤٤ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٨ رقم ١٦٠ - ١٦ ديسمبر
سنة ١٩٥٤ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٧ رقم ١٥٨ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة
جزء أول ص ٦٤٧ رقم ١٥٧) - وانظر استئناف مخطط ١٩ يونيو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٥٤ .
(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا غصب شخصاً ألياناً وحكم عليه برد حيازتها ،
فحيازته إياها من وقت تقديم الشكوى الإدارية ضده إلى وقت تنفيذ الحكم الذى صدر عليه لاعتبر
حيازة هادئة . فلا يصح التمسك بها فى دعوى منع التعرض قبل صاحب اليد الذى حصل له
تعرض جديد من الغاصب ، والذى توافرت فى وضع يده الشروط القانونية (نقض مدنى ٢٥
فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٧ رقم ٩) .

غير غامضة (١) .

ويجب عليه أيضا أن يثبت ، خلافا لما قررناه في دعوى استرداد الحيازة (٢) أن حيازته حيازة أصيلة لا حيازة عرضية ، أى أنه يجوز لحساب نفسه لا لحساب غيره . فلا يجوز ، إذا وقع تعرض على حق الملكية ، أن يدفعه بدعوى منع التعرض من لم يكن حائرا لحق الملكية لحساب نفسه . وعلى ذلك لا يجوز أن يرفع دعوى منع التعرض ، في هذه الحالة ، صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق أو المرتهن رهن حيازة أو المستأجر . فهؤلاء جميعا حائرون عرضيون بالنسبة إلى حق الملكية ، لأنهم إنما يجوزون هذا الحق لحساب غيرهم وهو المالك (٣) . والذي يرفع دعوى منع التعرض في هذه الحالة هو المالك الذي يعتبر حائرا لحق الملكية لحساب نفسه (٤) ، ويباشر السيطرة المادية على العقار بواسطة هؤلاء . وإنما يجوز لكل من صاحب حق الانتفاع (٥) وصاحب حق الارتفاق والمرتهن رهن حيازة والمستأجر أن يرفع دعوى منع التعرض إذا وقع التعرض على الحق الذي يباشر استعماله لحساب نفسه ، فهو أصيل في حيازته ويجوز له لحساب نفسه لا لحساب المالك (٦) .

وإذا قامت الحيازة على عمل من أعمال التسامح أو على ترخيص من جهة الإدارة يجوز الرجوع فيه في أى وقت ، فإن الحيازة لا تكون عرضية إلا بالنسبة إلى المالك المتسامح أو إلى جهة الإدارة المرخصة . فلا يجوز للحائر ، في هاتين

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٩ - ص ٢٢٠ - بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٢٠١ ص ٢٠٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣١٩ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن وضع يد المستحق في ريع العقار الموقوف لا يبيح له رفع دعوى منع التعرض ، لأن وضع يده في هذه الحالة لا يقترون بنية التملك (نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ١٠٦) .

(٤) ويجوز للشريك في الشيوع وحده أن يرفع دعوى منع التعرض ضد الغير دون حاجة إلى تدخل شركائه في الشيوع معه في الدعوى ، بل له أن يرفع هذه الدعوى ضد شركائه أنفسهم إذا تعرضوا لحيازته في الشيوع بأعمال تتعارض مع هذه الحيازة (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٦) .

(٥) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٧ .

(٦) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٦ - ص ٢١٧ - بلانيول وريير ويكار ٣

الحالتين ، أن يرفع دعوى منع التعرض على المالك نفسه أو جهة الإدارة نفسها إذا تعرض أحد منهما لحيازته ^(١) . وفيما عدا هذين تعتبر الحيازة حيازة أصيلة تبيح رفع دعوى منع التعرض ، فيستطيع الحائر ، إذا تعرض له في حيازته غير المالك أو غير جهة الإدارة ، أن يدفع هذا التعرض بدعوى منع التعرض . فالعرضية التي ترجع إلى قيام الحيازة على عمل من أعمال التسامح أو على ترخيص من جهة الإدارة عرضية نسبية لا مطلقة ، ولا يتمسك بها إلا المالك المتسامح أو جهة الإدارة المرخصة ^(٢) كما سبق القول .

ولا يشترط لرفع دعوى منع التعرض . كما لا يشترط لرفع دعوى إسترداد الحيازة ^(٣) . أن يكون الحائر حسن النية ، فللحائر رفع دعوى منع التعرض حتى لو كان سيء النية .

وكما تتميز دعوى منع التعرض عن دعوى إسترداد الحيازة في أن الحيازة في الدعوى الأولى يجب أن تكون حيازة أصيلة لا حيازة عرضية على النحو الذي بسطناه فيما تقدم ، كذلك تتميز الدعوى الأولى عن الدعوى الثانية في أن الحيازة في الدعوى الأولى يجب أن تكون حيازة مستقرة . أي حيازة دامت مستمرة علنية هادئة غير غامضة مدة سنة كاملة على الأقل . وشرط دوام

(١) وقد رفضت محكمة النقض دعوى منع التعرض لحيازة قامت على أعمال التسامح إذا رفعت الدعوى من الحائر على المالك المتسامح . فقضت بأنه متى كان الحكم المطعون فيه ، وهو بسبيل تحقيق توافر شرائط وضع اليد ، قد استخلص من الأدلة التي ساقها أن ترك مطلات منزل الطاعة على العقار المبيع للمطعون عليه كان من قبيل التسامح من جانب البائع لهذا الأخير إذ لم يكن فيه أي اعتداء على ملكه ، وبذلك نفي نية التملك عن وضع يد الطاعنه وهو ركن أساسي من أركان دعوى منع التعرض ، فإن في هذا وحده ما يكفي لإقامة الحكم برفض دعوى منع التعرض (نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٤٩) .

وقد رأينا أنه ، على خلاف دعوى منع التعرض ، يجوز رفع دعوى إسترداد الحيازة حتى في هاتين الحالتين ، أي ضد المالك المتسامح وجهة الإدارة المرخصة ، لأن دعوى إسترداد الحيازة لا تتطلب أن تكون الحيازة حيازة أصيلة ، بل يكفي لجواز رفعها قيام حيازة عرضية (أنظر آنفاً فقرة ٣١٩) .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠١

ص ٢٠٩ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣١٨ .

الحيازة سنة كاملة شرط مقرر بصريح النص ، فقد رأينا (١) أن المادة ٩٦١ مدني تنص على أن « من حاز عقارا واستمر حائرا له سنة كاملة . . . » (٢) . وقد قدمنا أن هذا الشرط يقطع في أن دعوى منع التعرض تتمحض دعوى من دعاوى الحيازة ، فهي تحمي الحيازة المستقرة التي تكون قد دامت وقتا كافيا قدر سنة كاملة (٣) . وقد نقل التقنين المدني المصنوع هذا الشرط عن القانون الفرنسي ، ونقله هذا القانون بدوره عن تقاليد القانون الفرنسي القديم ، وكانت هذه تقضي بأن تكون الحيازة قد دامت سنة ويوما ، فأصبحت سنة واحدة في القانون الفرنسي (٤) . والمهم أن تكون الحيازة ، وقت وقوع التعرض ، قائمة وأن تكون قد دامت سنة كاملة على الأقل منذ أن بدأت إلى وقت وقوع التعرض . ويكفي أن يثبت المدعى أنه قد حاز العقار قبل وقوع التعرض بسنة وأنه يحوزه فعلا وقت وقوع التعرض ، حتى يفترض أنه استمر حائرا له في الفترة ما بين الزمنين ما لم يثبت المدعى عليه عكس ذلك ، وذلك تطبيقا لنص المادة ٩٧٦ مدني إذ تقول : « إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق معين وكانت قائمة حالا ، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمنين ، ما لم يقيم الدليل على العكس » (٥) . فالمدعى هو الذي يحمل عبء

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « دعوى منع التعرض : وهذه لا تعطى إلا لمن بقيت حيازته سنة كاملة ، وترفع في خلال سنة من بدء التعرض » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٩) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٨ .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢١ هامش ٣٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٢ ص ٢٠٩ - مازو فقرة ١٤٦٣ ص ١١٧٦ - مارتى ورينو فقرة ٢١٤ ص ٢٢٢ .

(٥) أنظر مايلى فقرة ٣٨٥ - وليس من الضروري أن تكون الأعمال المادية التي يباشر بها الحائز حيازته قد وقع بعضها في خلال السنة السابقة على وقوع التعرض ، فقد قدمنا أن هذه الأعمال تتوقف على طبيعة الشيء ، فهناك أشياء تقتضى طبيعتها ألا تستعمل إلا في أوقات تتخللها فترات طويلة ، فاذا انقطع الحائز عن استعمالها في غير هذه الأوقات لم يعتبر انقطاعه هذا تخلياً منه عن الحيازة (أنظر آنفاً فقرة ٢٧٥ - وأنظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٢) .

إثبات أن حيازته قد دامت سنة كاملة على الوجه المتقدم الذكر (١) ، وله في حساب السنة أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه ، سواء كان المدعى خلفا عاما لهذا السلف (٢) أو كان خلفا خاصا (٣) .

٣٣٠ — المدعى عليه في دعوى منع التعرض : والمدعى عليه في دعوى

منع التعرض هو الشخص الذى يتعرض للمدعى في حيازته . والتعرض الصادر من المدعى عليه إما أن يكون تعرضا ماديا (trouble de fait) ، أو تعرضا قائما على تصرف قانوني (trouble de droit) . وقد ينجم التعرض عن أشغال عامة (travaux publics) ، أو عن أشغال خاصة (travaux privés) رخصت فيها جهة الإدارة . وفي جميع الأحوال لا يجوز الالتجاء إلى دعوى منع التعرض لتنفيذ عقد يربط ما بين المدعى والمدعى عليه . والأصل أن دعوى منع التعرض ترفع ضد المدعى عليه نفسه الذى صدر منه التعرض ، وقد ترفع مع ذلك ضد الغير ولو كان حسن النية . فهذه جملة من المسائل نبهنا على التعاقب .

٣٣١ — تحديد معنى التعرض الصادر من المدعى عليه : يعتبر تعديا

يبيح رفع دعوى منع التعرض كل عمل مادي أو كل تصرف قانوني يتضمن ، بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر ، ادعاء يعارض به المدعى عليه حيازة المدعى (٤) . فدخل المدعى عليه في أرض يحوزها المدعى من غير

(١) والحيازة واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، فإذا كان الواقع يخالف ما هو ثابت بالأوراق ، فلا على المحكمة إذا هي أحالت دعوى منع التعرض على التحقيق وكلفت المدعى إثبات وضع يده الذى ينكره عليه خصمه ، ولو كان بيده محضر تسليم رسمي في تاريخ سابق (نقض مدني ١٥ يونيو سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاما جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٥٢) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠١ .

(٣) أنظر آنفاً ص ٨٩٣ هامش ٤ — أوبري ورو ٢ فقرة ١٨١ ص ١٣٦ هامش ٤ وفقرة ١٨٧ ص ٢٢٢ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٢ ص ٢١٠ —

(٤) نقض فرنسي ٥ مارس سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣ - ١ - ٤٥١ - ١١ يناير سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٠ - ١ - ٣١٨ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٥ ص ٢٠٣ .

إذنه^(١) يعتبر تعرضاً، بل قد يصل التعرض في هذه الحالة إلى حد إخراج المدعى من الأرض وسلبه حيازتها (dépossession) ويبقى الأمر مع ذلك في نطاق دعوى منع التعرض ، لا في نطاق دعوى استرداد الحيازة التي تقتضي سلب الحيازة بالقوة أو بالغصب أو خفية^(١) كما سبق القول . وإقامة المدعى عليه حائطا أو بناء في أرضه يسد به مطلا لجاره ، أو يمنع به النور والهواء عنه ، يعتبر تعرضاً . ورعى المدعى عليه مواشيه في أرض جاره دون إذن منه ، ومروره فيها مدعياً أن له عليها حق ارتفاق بالمرور ، ودخوله داراً يحوزها المدعى متمسكاً بأنه استأجر هذه الدار من مالكها أو أن له عليها حق انتفاع ، كل هذه أعمال تعتبر تعرضاً للمدعى في حيازته ، وتبيح لهذا الأخير رفع دعوى منع التعرض .

ويكفي أن يعارض المدعى عليه حق المدعى في الحيازة ليكون هناك تعرض

(١) أما إذا كان باذن فلا يعتبر تعرضاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قرر المحكم أن التعرض لم يبدأ بوضع المتعرض « بحيرة » في أرض التراجع باذن صاحب الأرض لأن هذا لا يعتبر تعرضاً لحقه بل هو تأييد لهذا الحق إذ حصل شغل أرضه برضاه ، وإنما يبدأ التعرض حينما يظهر شغل الأرض أو غيره بحق يتعارض مع حقه في حيازته للأرض ، فإن هذا الذي أورده الحكم صحيح في القانون (نقض مدني ٦ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٤٨) .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٤٥ - ١٠ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥٧ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٩٤ - ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٩٨ - ١٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٥٨ - ٢٠ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٦٤ - ١٠ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٧٤ - وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٨ - وقد قضى بأنه يجوز رفع دعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيازة في وقت واحد ، وبأنه يجوز أن رفع دعوى التعرض أن يحولها إلى دعوى استرداد الحيازة دون أن يعد ذلك طلباً جديداً (نقض فرنسي ٤ أغسطس سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٧ - ١ - ٦٦) . وهذا هو ما ذهب إليه محكمة النقض في مصر ، فقد قضت بأنه لا تريب على المحكمة في أثناء نظر دعوى منع التعرض أن تعتبرها دعوى استرداد حيازة ، تحكم فيها على هذا الأساس متى تبينت توافر شروطها . ذلك أنه لا تنافر ولا تعارض بين الدعويين ، لأن أساسهما واحد هو الحيازة المادية بشروطها القانونية ، والغرض منهما واحد هو حماية تلك الحيازة من الاعتداء عليها (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٢ رقم ١٢٤ ورقم ١٢٥) .

واقع من المدعى عليه (١) . فلا يشترط : (١) أن يكون التعرض قد ألحق ضرراً بالمدعى . فليس يلزم أن يكون كل تعرض صدر من المدعى عليه قد أحدث ضرراً للمدعى ، كما ليس يلزم أن يعتبر العمل الصادر من المدعى عليه تعرضاً لمجرد أنه أحدث ضرراً للمدعى . وفي هذه الحالة الأخيرة ، إذا كان العمل قد أحدث ضرراً للمدعى دون أن يتضمن ادعاء يعارض حيازته ، لا يكون هناك محل لرفع دعوى منع التعرض ، وإنما يكون للمدعى أن يرفع دعوى التعويض (٢) . (٢) أو أن يكون التعرض غير قائم على أساس حق ثابت للمدعى عليه . فحتى لو كان المدعى عليه يستند في تعرضه إلى حق ثابت له ، فانه يقضى عليه مع ذلك بمنع التعرض ، لأن قاضي الحيازة لا شأن له بموضوع الحق . ودعوى منع التعرض إنما تحمي الحيازة في ذاتها متى كانت ثابتة ، بصرف النظر عما إذا كان للحائر حق يستند إليه في حيازته أو ليس له هذا الحق (٣) . (٣) أو أن يكون المدعى عليه سيء النية . فحتى لو كان المدعى عليه حسن النية في تعرضه ، وكان بالرغم من أنه ليس له حق يستند إليه في تعرضه يعتقد بحسن نية أن له هذا الحق ، فانه يقضى عليه مع ذلك بمنع التعرض . ذلك بأن دعوى منع التعرض إنما تحمي الحيازة في ذاتها متى كانت ثابتة كما قدمنا ، بصرف النظر عما إذا كان المتعرض سيء النية أو حسن النية (٤) . (٤) أو أن تكون أعمال التعرض قد وقعت رأساً في العقار الذي يحوزه المدعى . فقد تقع

(١) واستفادة النزاع في وضع اليد من التškiيات والمعارضات الحاصلة من مدعى الملكية هي من المسائل الموضوعية المتروكة لمطلق تقدير قاضي الموضوع ، ولا هيمنة عليه لمحكمة النقض (نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٥١) .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٣ - ص ٢٢٤ و ص ٢٢٣ هامش ٢٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٥ - نقض فرنسي ٣ مايو سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٧ - ١ - ٤٨١ - ٥ مارس سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣ - ١ - ٤٥٠ - ٢١ فبراير سنة ١٩٤٧ دالوز ١٩٤٧ - ٢٣٩ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٥ ص ٢٠٤ - نقض فرنسي ٥ مارس سنة ١٩٢٥ جازيت دي باليه ٩ يولييه سنة ١٩٢٥ .

(٤) أوبري ورو فقرة ١٨٧ ص ٢٢٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٥ ص ٢٠٤ .

هذه الأعمال في عقار يحوزه المدعى عليه ، أو في عقار يحوزه الغير (١) .
(٥) أو أن تكون أعمال التعرض قد اقترنت بالعنف أو ارتكبت علناً . فقد تكون هذه الأعمال لم تقترن بأي عنف أو تكون قد ارتكبت خلسة وفي خفية عن المدعى ، وتبقى مع ذلك تعرضاً يجوز دفعه بدعوى منع التعرض (٢) .

٣٣٢ — التعرض المادي والتعرض القائم على تصرف قانوني :

والتعرض الصادر من المدعى عليه ، على النحو الذي بسطناه ، إما أن يكون تعرضاً مادياً أو تعرضاً قائماً على تصرف قانوني .

فالتعرض المادي هو عمل مادي من أعمال التعدي يقع على حيازة المدعى . وقد قدمنا كثيراً من الأمثلة على التعدي المادي ، فاقامة المدعى عليه حائطا أو بناء في أرضه يسد به مطلا لجاره ، ورعى المدعى عليه مواشيه في أرض جاره دون إذن منه ، ومروره فيها مدعياً أن له حق إرتفاق بالمرور ، كل هذه أعمال تعتبر تعرضاً مادياً للمدعى في حيازته . وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كان هناك تعرض مادي ، ولا معقب على تقديره من محكمة النقض (٣) .

أما التعرض القائم على تصرف قانوني ، فيقوم على تصرف يصدر من المدعى عليه يعلن به نيته في معارضته لحيازة المدعى . وقد يصدر هذا التصرف

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٥ ص ٢٠٤ - نقض فرنسي ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٧ جازيت دي باليه ١٩٣٧ - ١ - ٧٢١ - ٢١ فبراير سنة ١٩٤٤ سبويه ١٩٤٥ - ١ - ٤٥ - ٣١ يناير سنة ١٩٥٠ جازيت دي باليه ١٩٥٠ - ١ - ٢٢٣ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٥ .

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٦ ص ٢٠٤ - نقض فرنسي ٥ مارس سنة ١٩٠١ سبويه ١٩٠٣ - ١ - ٤٥٠ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ سبويه ١٩٣٤ - ١ - ٨٨ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٤ جازيت دي باليه ١٩٣٥ - ١ - ٢٣٩ - وإذا كان هناك بمربين عدة شركاء ، فأقام أحدهم حوائط حول عقاره من شأنها تضيق الممر إلى حد كبير ، كان هذا تعرضاً مادياً لباقي الشركاء (استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٨٢) . وانظر أيضاً نقض مدني ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٥٨ ص ١١١٢ (إقامة السلم جميعه بعمده الأربعة داخل الممر) . وإذا أقام صاحب أرض محاذية لضفة النهر أعمالاً في الضفة الغرض منها ، ليس فحسب حماية ضفته ، بل أيضاً تحويل التيار إلى الضفة المقابلة ، كان هذا تعرضاً مادياً لصاحب الأرض المحاذي لهذه الضفة الأخيرة (نقض فرنسي أول ديسمبر سنة ١٨٢٩ سبويه ٣٠ - ١ - ٣٢ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٣ هامش ٢٣) .

خارج مجلس القضاء ، كما إذا أنذر المدعى عليه مستأجراً بدفع الأجرة له هو لا للمؤجر فيكون هذا تعرضاً لحيازة المؤجر للعين المؤجرة ، وكما إذا أنذر المدعى عليه المدعى ألا يقيم بناء في الأرض التي يحوزها هذا الأخير فيكون هذا تعرضاً لحيازة المدعى للأرض . ويعتبر كذلك تعرضاً قائماً على تصرف قانوني صادر خارج مجلس القضاء تحرير محضر من جهة الإدارة لحائز العقار فيما يختص بأعمال حيازته لهذا العقار ، وصدور قرار إداري باعتبار طريق يحوزه المدعى طريقاً عاماً . وقد يقع التعرض عن طريق نزاع في الحيازة يرفع أمام القضاء ، كرفع دعوى أو تقديم طلبات في دعوى يعارض فيها المدعى عليه حيازة المدعى ، وكذلك يعد تعرضاً تنفيذ حكم على شخص لم يكن طرفاً في الخصومة (١) .

٣٣٣ — التعرض الناجم عن الأشغال العامة : وقد ينجم عن قيام الإدارة

بأشغال عامة (travaux publics) تعرض لحيازة الأفراد ، فإذا كانت

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القانون يحسب وضع اليد من كل تعرض له ، ويستوى في ذلك أن يكون التعرض اعتداء محضاً من المتعرض أو بناء على حكم مرسى مزاد لم يكن واضح اليد خصماً فيه ، إذ الأحكام لاحجية لها إلا على الخصوم ، ولا يضار بها من لم يكن طرفاً فيها ، لافرق في هذا بين حكم مرسى المزاد وغيره من الأحكام (نقض مدني ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٧ رقم ٧) . وانظر في هذا المعنى استئناف مختلط ٤ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٨ - وقضت أيضاً محكمة النقض بأن كل ما يوجه إلى واضح اليد على أساس ادعاء حق يتعارض مع حقه يصلح لأن يكون أساساً لرفع دعوى منع التعرض ، حتى لو لم يكن هناك غصب . وإذن فتي كان الطاعن قد تدخل في الدعوى التي أقامها المطعون عليه الثاني على المطعون عليه الثالث مدعياً أن له حقاً على الأرض محل النزاع في مواجهة المطعون عليه الأول الذي تدخل أيضاً في تلك الدعوى ، فإن هذا الإدعاء من الطاعن يعتبر تعرضاً للمطعون عليه الأول يحيز له رفع منع التعرض (نقض مدني ٦ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤١ رقم ١١٥) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يعتبر تعرضاً قائماً على تصرف قانوني موجباً لدعوى منع التعرض الإنذار المعلن إلى من يدعى ملكية حائط وضع يده عليه ، وقد نبه من أعلن الإنذار واضح اليد على الحائط بعدم إجراء أي تعديل في حالته بدعوى أنه حائط مشترك بين الطرفين (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٦٢٣ ص ١٢٤٩) . وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٢ - ص ٢٠٣ وفقرة ١٨٧ ص ٢٢٨ - ص ٢٢٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٦ - أنسيكلويدى داللو لفظ ١ (action possessoire) فقرة ٨١ - فقرة ٩١ .

هذه الأشغال العامة تنتهى إلى نزع ملكية الأفراد ، كلياً أو جزئياً ، دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية ، كان قاضى الحيازة المدنى مختصاً باثبات قيام الحيازة إذا كانت متنازعا فيها ، وله كذلك أن يأمر بعدم المضى فى القيام بالأشغال العامة (١) . ولكن ليس له أن يأمر بهدم هذه الأشغال أو باعادة الأرض إلى حالتها الأصلية ، لأن هذا ينطوى على تعطيل لتنفيذ قرار إدارى ، ولا ولاية للقضاء العادى فى ذلك (٢) .

أما إذا كانت الأشغال العامة تؤدى بطريق غير مباشر إلى نزع الملكية ، كما إذا كان القانون يبيح استيلاء الإدارة على أملاك الأفراد استيلاء نهائياً دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية ، كان قاضى الحيازة المدنى مختصاً بتقرير حيازة المدعى وأنها دامت لمدة سنة ، لأن هذا يكون أساساً يستند إليه فى طلب التعويض المستحق له (٣) . ولكن لا يجوز لقاضى الحيازة أن يأمر بهدم الأشغال لأن فى هذا تعطيلاً لتنفيذ قرار إدارى (٤) ، ولا ولاية للقضاء العادى فى ذلك (٥) .

٣٣٤ — التعرض للناسىء عن أشغال خاصة رخصت فيها الإدارة :

أما إذا نجم التعرض عن أشغال خاصة رخصت فيها الإدارة ، كما إذا أدار شخص

-
- (١) مجلس الدولة الفرنسى ١١ أبريل سنة ١٨٦٣ سيرييه ٦٣ - ٢ - ١٨٣ .
 (٢) وقد قضت محكمة النقض بأن التعرض المستند إلى أمر إدارى اقتضت مصلحة عامة لا يصلح أساساً لرفع دعوى حيازة لمنع هذا التعرض ، وذلك لما يترتب حتماً على الحكم فى هذه الدعوى لمصلحة رافعها من تعطيل هذا الأمر ووقف تنفيذه ، وهو ما يمتنع على المحاكم بنص المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية . ولا يكون للحائز فى هذه الحالة من سبيل لرفع هذا التعرض سوى اللجوء إلى القضاء الإدارى لوقف تنفيذ الأمر الإدارى أو إلغائه (نقض مدنى أول ديسمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢٥٤ ص ١٧٦٣) . وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٩ ص ٢٠٧ - مجلس الدولة الفرنسى ٩ مارس سنة ١٨٧٠ سيرييه ٧١ - ٢ - ٢٨٥ - نقض فرنسى ١٤ أبريل سنة ١٨٩٩ سيرييه ٩٩ - ١ - ٣٦٧ .
 (٣) نقض فرنسى (دوائر مجمعة) ١٠ يولييه سنة ١٨٥٤ دالوز ٥٤ - ١ - ٦٢٨ - نقض فرنسى ١٢ فبراير سنة ١٨٨٣ سيرييه ٨٣ - ١ - ٣١٢ .
 (٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣٦ - ص ٢٣٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٩ ص ٢٠٧ .
 (٥) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٩ - أليكلو بيدى دالوز اللفظ (action possessoire)
 فقرة ٢٢٤ - فقرة ٢٢٨ - نقض فرنسى ٨ أبريل سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٢٥٨ .

محلا مقلقا للراحة أو مضرا بالصحة أو خطرا بعد أن حصل على رخصة في إدارته من جهة الإدارة ، فإن التعرض في هذه الحالة تسرى عليه القواعد العامة . فيختص القضاء العادي لا القضاء الإداري بنظره ، ويجوز الأمر بمنع التعرض وبإزالة الأعمال التي تمت ونجم عنها التعرض . ولا يمنع من ذلك صدور ترخيص إداري في القيام بهذه الأعمال ، فإن هذا الترخيص لا يعني أكثر من أن الأعمال المرخص فيها لا تتعارض مع مصلحة عامة ، مع حفظ حقوق الأفراد فيما إذا أصابهم ضرر من جراء هذه الأعمال (salvo juri tertii) . وعلى ذلك يستطيع أي شخص يقع تعرض لحيازته بنجم عن أشغال خاصة رخصت فيها الإدارة أن يرفع دعوى منع التعرض على صاحب هذه الأشغال أمام القضاء العادي ، ويجوز لهذا القضاء أن يأمر بإزالة ما تم من الأعمال ونجم عنه التعرض وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه (١) .

كذلك إذا نجم التعرض عن أشغال قامت بها الدولة (أو شخص معنوي عام) في الأموال الخاصة التي تملكها (domaine privé) ، جاز لمن وقع التعرض لحيازته أن يرفع دعوى منع التعرض أمام القضاء العادي ، وأن يحصل على حكم بإزالة ما تم من أعمال نجم عنها التعرض ، وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه (٢) .

٣٣٥ — عدم جواز الانجاء الدعوى منع التعرض لتنفيذ عقد

يربط ما بين المدعى والمدعى عليه : ولا يجوز رفع دعوى منع التعرض بغرض تنفيذ عقد يربط ما بين المدعى والمدعى عليه ، فإذا كان التعرض ناجما عن عدم تنفيذ عقد كان على المدعى أن يطلب تنفيذ العقد بدعوى العقد لا بدعوى منع التعرض (٣) . وعلى ذلك إذا أتى الراهن رهن حيازة عملا ينقص من قيمة

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٥ وص ٢٣٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٠ ص ٢٠٨ - نقض فرنسي ٩ يناير سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ٤١ - ١٩ يولييه سنة ١٨٨٢ دالوز ٨٢ - ١ - ٣٤٠ - ٩ يونيو سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٧ - ١ - ١٠٩ .
(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٠ ص ٢٠٨ - نقض فرنسي ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ١٩٤ .
(٣) نقض فرنسي ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٦ - ١ - ١٨٨ - أول فبراير سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٥ - ١ - ٦٤ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ جازيت دي باليه ١٩٢٩ - ٢ - ٧٨٥ - ١٨ يناير سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٥٠ - ١ - ١٤٧ .

الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ،
فليس للدائن المرتهن أن يلجأ إلى دعوى منع التعرض لإلزام الراهن بعدم
الإخلال بعقد رهن الحيازة ، بل يلجأ إلى دعوى عقد رهن الحيازة ذاته لإلزام
الراهن بتنفيذ العقد . وتنص المادة ١١٠١ مدني في هذا الصدد على أن « يضمن
الراهن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتي عملاً ينقص من قيمة الشيء
المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، وللدائن
المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم
للمحافظة على الشيء المرهون » . كذلك إذا حال المؤجر دون انتفاع المستأجر
بالعين المؤجرة ، بخلاف ذلك بشروط عقد الإيجار ، فإن سبيل المستأجر إلى
الزام المؤجر بتنفيذ العقد ليس هو رفع دعوى منع التعرض ، بل رفع الدعوى
الشخصية الناشئة عن عقد الإيجار (١) .

ولو جاز رفع دعوى منع التعرض لتنفيذ عقد ، لكان من جراء ذلك أن
يتعرض قاضي الحيازة المرفوع أمامه دعوى منع التعرض إلى موضوع الحق
الناشئ عن العقد لإلزام المدعى عليه بعدم الإخلال به ، ولترتب على ذلك
الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى موضوع الحق ، وسنرى فيما يأتي أنه لا يجوز
الجمع بين الدعويين (٢) .

٣٣٦ — رفع دعوى منع التعرض على المتعرض نفسه وعلى الغير :

وغنى عن البيان أن المدعى عليه في دعوى منع التعرض هو المتعرض نفسه ، أى

(١) نقض فرنسي ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ جازيت دي باليه ١٩٢٩ - ٢ - ٧٨٥ .

(٢) أنظر مايلى فقرة ٣٤٨ وما بعدها - وانظر فيما يتعلق بعدم جواز الالتجاء إلى
دعوى استرداد الحيازة لتنفيذ عقد آتفاً فقرة ٣٢٠ - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة
١٩٧ - أنسيكلو بيدى داللو ١ لفظ action possessoire - وقارن نقض مدني
٣ فبراير سنة ١٩٢٨ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤١
رقم ١١٧ .

وعلى ذلك لا يجوز الالتجاء إلى دعوى منع التعرض إذا قطعت شركة الكهرباء أو الغاز عن
المشارك الكهربائي أو الغاز ، لوجود عقد بين الشركة والمشارك هو الذي يحكم العلاقة فيما بين
الطرفين (نقض فرنسي ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٤ داللو ١٩١٦ - ١ - ١٨٨ - أول فبراير
سنة ١٩٢٢ داللو ١٩٢٥ - ١ - ٦٤) .

الشخص الذى صدرت منه أعمال التعرض . ويحل محل المتعرض خلفه العام ، أى ورثته ، فتوجه إليهم الدعوى بعد موت المتعرض (١) .

ولا يحول دون أن يكون المتعرض هو المدعى عليه أن يكون فى تعرضه قد عمل لصالح الغير أو بأمر منه ، كما إذا كان التعرض قد صدر من المستأجر أو الوكيل بأمر من المؤجر أو من الموكل أو لصالحه (٢) . وليس للمستأجر أو الوكيل أن يطلب إخراجهم من دعوى منع التعرض بحجة أنه إنما عمل بأمر من المؤجر أو من الموكل ، بل يبقى خصما فى الدعوى وله أن يدخل المؤجر أو الموكل فيها ضامنا .

وإذا كان المطلوب فى دعوى منع التعرض تخلية العقار أو إعادة الحالة إلى أصلها ، فإن الدعوى يمكن أن ترفع على الغير الذى انتقل إليه العقار ، ولو كان هذا الغير حسن النية لا علم له بالتعرض . فيطالبه المدعى بالتخلية أو باعادة الحالة إلى أصلها كما كان يطالب المتعرض نفسه ، ولكن لا يطالبه بتعويض عن الضرر الذى أصابه إلا إذا أثبت أنه سىء النية . وإذا كانت دعوى استرداد الحيازة يمكن أن ترفع على الغير ولو كان حسن النية (٣) ، فأولى أن يكون هذا صحيحا بالنسبة إلى دعوى منع التعرض التى هى أكثر عينية (٤) .

٣٣٧ — المدة التى ترفع فيها دعوى منع التعرض : وقدر أينا (٥) .

أن المادة ٩٦١ مدنى تقضى بأن « من وقع له تعرض فى حيازته ، جاز له أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض » . فدعوى منع التعرض يجب أن ترفع فى خلال سنة من وقت وقوع التعرض . وإذا كان التعرض أعمالا متعاقبة ، سرت مدة السنة من وقت أول عمل من هذه الأعمال يظهر فيه

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٣ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٣ -

نقض فرنسى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩١٠ - ١ - ٤٩٨ .

(٣) أنظر آنفا ص ٩١٨ .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢١٨ - ص ٢١٩ - بلانيول وريبير وبيكار

٣ فقرة ٢٠٣ .

(٥) أنظر آنفا فقرة ٣٢٨ .

بوضوح أنه يتضمن تعرضاً لحيازة المدعى (١) . وقد تكون أعمال التعرض المتعاقبة مستقلة بعضها عن بعض بحيث يعتبر كل عمل منها تعرضاً قائماً بذاته ، فتتعدد دعاوى منع التعرض بتعدد هذه الأعمال ، وتسرى مدة السنة بالنسبة إلى كل دعوى منها من وقت وقوع العمل الذي أنشأها ، فتسرى هذه المدة بالنسبة إلى آخر دعوى من وقت وقوع آخر عمل من أعمال التعرض المستقلة (٢) . وإذا كان التعرض مبنياً على تصرف قانوني ، سرت السنة من وقت وقوع التصرف الذي اعتبر تعرضاً (٣) . وإذا كان التعرض عملاً قام به المدعى عليه في ملكه هو ، فلا تسرى السنة في دعوى منع التعرض إلا من الوقت الذي يتقدم فيه هذا العمل حتى يصبح تعرضاً واقعاً على حيازة المدعى (٤) . ومدة السنة هي مدة سقوط لا مدة تقادم ، ومن ثم تسرى على غير كامل الأهلية والغائب ، ولا توقف ولا تنقطع (٥) . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام

(١) نقض فرنسي ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ سيرييه ١٩٠٤ - ١ - ٥٠١ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت دي باليه ١٩٣٠ - ١ - ٣٠٤ - ٩ يولييه سنة ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٦ - ٢٩٤ .

(٢) قرينه أوبري وردو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٠ .

(٣) أوبري وردو ٢ فقرة ١٨٦ ص ١٩٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٨ - نقض فرنسي ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ١٣١ .

(٤) أوبري وردو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٠ - أما إذا كانت الدعوى التي يرفعها المدعى في هذه الحالة هي دعوى وقف الأعمال الجديدة لدعوى منع التعرض ، فإن السنة تسرى ، كما سيأتي ، من وقت البدء بهذه الأعمال . فإذا فات المدعى رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة في خلال هذه المدة ، كان له أن يرفع دعوى منع التعرض في خلال سنة من وقت تقدم الأعمال حتى تصبح تعرضاً واقعاً (أوبري وردو فقرة ١٨٦ ص ٢٠١ هامش ١٤) .

(٥) ومع ذلك قضت محكمة النقض بأن مدة السنة المشترطة في المادة ٢٦ مرافعات (قديم) عدم مضيها على الفعل الصادر من المدعى عليه هي مدة تقادم خاص ، تسرى عليه قواعد الانقطاع التي تسرى على التقادم المسقط العادي (نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٢ رقم ١١٨) . وبنت على ذلك أنه إذا رفع واضع اليد دعواه أمام القضاء المستعجل طالباً بإزالة اليد موضوع النزاع وتمكينه من رى أطيانه بواسطة إزالة اليد ، فإن هذا الطلب إذ يعتبر بمبناه ومعناه طلباً بمنع التعرض يقطع مدة دعوى وضع اليد ولو حكمت المحكمة المستعجلة بعدم اختصاصها ، لأن رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة بقطع المدة . والدفع بأن التكليف بالحضور أمام قاضي الأمور المستعجلة لا يقطع التقادم لأنه لا يؤدي إلا إلى إجراءات وقتية بقصد تأييد الحق فيما بعد فلا يستنتج منه معنى الطلب الواقع فعلاً للمحكمة بالحق المراد اقتضاؤه - هذا الدفع لا محل له حين يكون المدعى قد رفع أمام هذا القاضي طلباً خاصاً بموضوع منع التعرض (نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٢ رقم ١٢٢) . وانظر أيضاً في معنى أن مدة السنة مدة تقادم يرد عليها الوقف والانقطاع استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٤٢ .

في مدة السنة التي ترفع في خلالها دعوى استرداد الحيازة ، فنحيل هنا إلى ما ذكرناه هناك (١) .

٣٣٨ — ما يحكم : في دعوى منع التعرض : إذا توافرت شروط دعوى منع التعرض على الوجه الذي أسلفناه ، حكم للمدعى وهو الحائز للعقار ببقائه في حيازته (la maintenue possessoire) ومنع التعرض له في هذه الحيازة (٢) . وقد يقتضي ذلك الحكم بآزالة أعمال قد تمت ، ويهدم بناء قد أقيم أو إقامة بناء قد هدم ، وبإعادة الشيء إلى أصله (٣) . ويستوى في ذلك أن تكون أعمال التعرض قد تمت في عقار المدعى ، أو في عقار المدعى عليه ، أو في عقار الغير (٤) . على أنه لا يجوز للقضاء العادي ، كما قدمنا (٥) أن يحكم بآزالة أشغال عامة أقامتها جهة الإدارة ، إذا كان هذا الحكم ينطوي على إلغاء قرار إداري أو تعطيل تنفيذه .

وبحكم قاضي الحيازة بمنع التعرض على الوجه سالف الذكر ، حتى وكان هناك ما يدعو إلى الاعتقاد بأن المتعرض سيفوز في دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق . ذلك لأن قاضي الحيازة لا شأن له بالملكية ، ولا يجوز الجمع بين الحيازة والملكية كما سنرى (٦) . ومع ذلك يجوز لقاضي الحيازة ، في هذه الحالة ، أن يمنح المدعى عليه أجلا يوقف فيه تنفيذ حكم الإزالة أو إعادة

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٢١ .

(٢) ولا يجوز للمحكمة أن ترفض دعوى منع التعرض حتى لو ثبت لها أن أعمال التعرض قد انقطعت قبل رفع الدعوى (أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣١ - ص ٢٣٢) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن ولاية قاضي الحيازة في دعوى منع التعرض ، على ما جرى به قضاء محكمة النقض ، تتسع لإزالة الأفعال المادية التي يجريها المدعى عليه ، باعتبار أن القضاء بها هو من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض (نقض ملئي ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ رقم ٤٥ ص ٢٩٦) . وانظر نقض فرنسي ١٤ يونيو سنة ١٩٤٨ جازيت دي باليه ١٩٤٨ - ٢ - ٦٩ .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣٥ - ص ٢٣٦ - نقض فرنسي ١٧ يناير سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٦ - ١ - ١١٥ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٣ .

(٦) أنظر مايلى فقرة ٣٤٨ وما بعدها .

الشيء إلى أصله ، بشرط أن يرفع المدعى عليه دعوى موضوع الحق أو دعوى الملكية في خلال هذا الأجل (١) .

ويجوز لقاضي الحيازة أن يحكم بغرامة تهديدية (astreintes) على المدعى عليه ، لإجباره على تنفيذ الحكم باخلاء العقار أو بالإزالة أو باعادة الشيء إلى أصله (٢) .

ويجوز لقاضي الحيازة أيضا أن يحكم على المدعى عليه بتعويض الضرر الذي أصاب المدعى من جراء أعمال التعرض التي صدرت من المدعى عليه ، ولو كان ذلك بناء على طلب إضافي يقدمه المدعى في دعوى منع التعرض . ولا يغير طلب التعويض من طبيعة دعوى منع التعرض في أنها دعوى من دعاوى الحيازة ، حتى لو قرر المدعى عليه أنه لا ينازع في حيازة المدعى (٣) وإذا ادعى المدعى عليه التعرض ، في دعوى فرعية ، أنه هو الحائز للعقار وقدم أدلة على ذلك ، نظر القاضي فيما إذا كانت حيازة المدعى عليه لا تتعارض مع حيازة المدعى ، وفي هذه الحالة حكم لكل منهما باستبقائه لحيازته وعدم تعرض الخصم الآخر له في هذه الحيازة . أما إذا تعارضت

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى بمنع تعرض المدعى عليه في الطريق موضوع النزاع ، وكذلك بإزالة البناء الذي أقامه فيه المدعى عليه إذا لم يرفع في خلال أجل معين دعوى بملكيته للطريق ونفى حق ارتفاع المرور عليه للمدعى ، فإن هذا الحكم لا يجعل تنفيذ الإزالة مرهوناً بنتيجة الفصل في دعوى الحق ، بل يجعله مرهوناً بأمر آخر منقطع الصلة بتلك النتيجة وهو قيام المدعى عليه برفع الدعوى بالحق في خلال أجل معين ، وليس في هذا القضاء مخالفة لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٨ مرافعات . ذلك أنه وإن كانت ولاية قاضي الحيازة في دعوى منع التعرض تتسع لإزالة الأعمال المادية التي يجريها المدعى عليه باعتبار أن قضاءه في هذه الحالة هو من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض ، إلا أن له في هذا الخصوص أن يقدر موجبات الإزالة ، فيقضي بها أو يقرن قضاءه في خصوصها بأجل يحدده للمدعى عليه ليرفع في خلاله الدعوى بالحق (نقض مدني ١٣ فبراير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ١٤٩) - وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٤ - نقض فرنسي ٢٨ يناير سنة ١٨٧٩ سيرية ٨٠ - ١ - ٢٥ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٤ - نقض فرنسي ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ سيرية ١٩٢٣ - ١ - ٢٤١ .

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣٤ - نقض فرنسي ٩ يونيو سنة ١٨٨٥ سيرية ٨٧ - ١ - ١١٩ - ١٩ أكتوبر سنة ١٨٨٧ سيرية ١ - ١ - ٢١١ .

الحيازتان ، فان القاضى يفاضل فيما بينهما ، ويقضى لمن كانت حيازته أفضل على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم (١) . فاذا تعادلت الحيازتان ، ولم يكن هناك وجه لتفضيل إحداها على الأخرى جاز للقاضى أن يحكم ببقاء الحيازة مشتركة بين الخصمين . ويجوز له أيضا ، إذا لم يربح بقاء الحيازة مشتركة بين الخصمين ، أن يحكم بأن يلجأ الخصمان إلى دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق . وقد يقيم فى هذه الحالة الأخيرة حارسا على العقار المتنازع على حيازته ، أو يقيم أحد الخصمين حارسا على العقار على أن يقدم حسابا عن غلته عند الاقتضاء ، فيكون لهذا الخصم حراسة موقته مقترنة بالتزام بتقديم حساب عن الغلة (٢)

§ ٣ - دعوى وقف الأعمال الجديدة

(La dénonciation de nouvel oeuvre)

٣٣٩ - نص قانونى : تنص المادة ٩٦٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ - من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة ، وخشى لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته ، كان له أن يرفع الأمر إلى القاضى طالبا وقف هذه الأعمال ، بشرط ألا تكون قد تمت ، ولم ينقض عام على البدء فى العمل الذى يكون من شأنه أن يحدث الضرر » .

« ٢ - وللقاضى أن يمنع استمرار الأعمال أو أن يأذن فى استمرارها ، وفى كلتا الحالتين يجوز للقاضى أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة ، تكون فى حالة الحكم بوقف الأعمال ضمانا لإصلاح الضرر الناشئ من هذا الوقف متى تبين بحكم نهائى أن الاعتراض على استمرارها كان على غير أساس ، وتكون فى حالة الحكم باستمرار الأعمال ضمانا لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها إصلاحا للضرر الذى يصيب الحائز إذا حصل على حكم نهائى لمصلحته » (٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٥ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص ٢٣٢ - ص ٢٣٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣

فقرة ٢٠٤ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤١٣ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٧ - ص ٤٨٠) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٦٦ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٥٥ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٢) .

وهذا النص يعرض لدعوى وقف الأعمال الجديدة . وهي الدعوى الثالثة والأخيرة من دعاوى الحيازة . وهي تتميز عن دعوى استرداد الحيازة بأن الحيازة فيها لا تنتزع من الحائز ، وعن دعوى منع التعرض بأن الأعمال التي تصدر فيها من المدعى عليه ليست بأعمال تعرض قد وقع فعلاً ، بل هي أعمال تكون تعرضاً لو أنها تمت (٣) . ونبحث في شأنها ، كما بحثنا في شأن دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض . المسائل الآتية () : (١) المدعى في دعوى وقف الأعمال الجديدة . (٢) المدعى عليه في هذه الدعوى . (٣) المدة التي ترفع الدعوى في خلالها . (٤) ما يحكم به القاضي في هذه الدعوى .

٣٤٠ — المدعى في دعوى وقف الأعمال الجديدة . إعماله : المدعى في

هذه الدعوى هو نفس المدعى في دعوى منع التعرض . فهو الحائز للعقار .

(١) ولكن أنظر م ٢٦ فقرة ٢٩ فقرة رابعة من تقنين المرافعات السابق ونصها : «ويحكم (القاضي الجزئي) أيضاً في الدعاوى الآتية بينها ويكون حكمه انتهاياً : (ثالثاً) الدعاوى المتعلقة بالمنازعة في وضع اليد على العقار المبنية على فعل صادر من المدعى عليه لم تمض عليه سنة قبل رفع الدعوى» .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل (ولكن أنظر تقنين المرافعات السوري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٦٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٥٥ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (ولكن أنظر المواد ١٣ و ٤٨ - ٤٩ و ٥١ من

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني: آتفاً ص ٩١٢ هامش ١ وص ٩٢٦ هامش ٤) .

(٣) فدعوى وقف الأعمال الجديدة هي إذن دعوى مستقلة من دعاوى الحيازة ، وقد أفرد لها التقنين المدني المصري نصاً مستقلاً ، واعتبرها القضاء الفرنسي دعوى مستقلة (نقض فرنسي ٤ فبراير سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ - ١ - ٢٩٧ - ٧ أبريل سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٥ - ١ - ٣٨١ - ٢١ فبراير سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٢ - ١ - ٦٥) - وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٨ ص ٢٣٧ هامش ٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٥ .

ويجب عليه أن يثبت أن حيازته خالية من العيوب ، أى حيازة مستمرة علنية هادئة غير غامضة (١) . ويجب أن يثبت كذلك أن حيازته حيازة أصيلة لا حيازة عرضية ، أى أنه يحوز لحساب نفسه لا لحساب غيره . وإذا قامت الحيازة على عمل من أعمال التسامح أو على ترخيص من جهة الإدارة يجوز الرجوع فيه فى أى وقت ، فإن الحيازة لا تكون عرضية إلا بالنسبة إلى المالك المتسامح أو إلى جهة الإدارة المرخصة ، وفيما عدا هذين تعتبر الحيازة حيازة أصيلة تبيح رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة . ولا يشترط أن يكون الحائز حسن النية . ويشترط أن تكون حيازة المدعى قد دامت سنة كاملة على الأقل ، وتنص على ذلك صراحة المادة ٩٦٢ / ١ مدنى كما رأينا (٢) إذ تقول : « من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة . . . » . وللمدعى ، فى حساب السنة ، أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه ، سواء كان المدعى خلفا عاما أو خلفا خاصا .

وجميع ما بسطناه فى شأن المدعى فى دعوى منع التعرض ينطبق على المدعى فى دعوى وقف الأعمال الجديدة ، فتحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (٣) .

٣٤١ - المدعى عليه فى دعوى وقف الأعمال الجديدة : والمدعى عليه

فى دعوى وقف الأعمال الجديدة هو الشخص الذى يبدأ أعمالا لم تصل بعد إلى أن تكون تعرضا وقع فعلا على حيازة المدعى ، ولكن هناك من الأسباب المعقولة ما يدعو إلى الاعتقاد بأن هذه الأعمال لو تمت لكانت تعرضا كاملا لحيازة المدعى . فى حين أن دعوى منع التعرض تحمى الحيازة من تعرض حال وقع فعلا كما رأينا ، إذا بدعوى وقف الأعمال الجديدة تحمى الحيازة من تعرض مستقبل على خطر الوقوع . مثل ذلك أن يبدأ شخص بناء حائط فى حدود أرضه أو إقامة بناء ، لو أنه مضى فيه إلى نهايته لسد النور والهواء على جاره أو لسد مطلا لجاره ، ولنجم عن ذلك تعرض لحيازة الجار للعقار المجاور أو للمطل . فالمدعى عليه ، وهو لا يزال آخذا فى بناء الحائط أو إقامة

(١) نقض فرنسى ١٥ يونيو سنة ١٩٢٢ سيرييه ١٩٢٢ - ١ - ٢٧٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٩ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٩ .

البناء ، لم يسد بعد النور والهواء أو المطل على جاره . ومن ثم لا يكون هناك محل لرفع دعوى منع التعرض ، لأن التعرض لما يقع . ولكن يكون هناك محل لرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة ، فيصدر قاضي الحيازة حكماً بوقف بناء الحائط أو بوقف إقامة البناء إلى أن يفصل في دعوى موضوع الحق (١) .

ويشترط في الأعمال التي يجب طلب وقفها بدعوى وقف الأعمال الجديدة أمران :

(الأمر الأول) أن تكون هذه الأعمال قد بدأت ولكنها لم تتم . وذلك لأنها لو تمت لوقع التعرض فعلاً ، ولكان الواجب في هذه الحالة ليس رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة ، بل رفع دعوى منع التعرض . على أنه يجب أن تكون هناك أسباب معقولة تدعو للاعتقاد إلى أنه لو تمت هذه الأعمال ، لنجم عنها تعرض فعلي لحيازة المدعى . وهذه مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع ، ويستعين في ذلك بالمعينة ، وقد يستعين برأى الخبراء . وتنص الفقرة الأولى من المادة ٩٦٢ مدني ، كما رأينا (٢) ، صراحة على هذا الشرط إذ تقضي بأن الحائز للعقار إذا « خشي لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته ، كان له أن يرفع الأمر إلى القاضي طالباً وقف هذه الأعمال ، بشرط ألا تكون قد تمت . » .

(والأمر الثاني) أن تكون هذه الأعمال التي بدأها المدعى عليه قد وقعت في عقاره هو ، لا في عقار المدعى ولا في عقار الغير . وهذا الشرط يستخلص من طبائع الأشياء ، لأن الأعمال لو بدأت في عقار المدعى لكان التعرض حالاً لا مستقبلاً ، ولو بدأت في عقار الغير لكان التعرض لحيازة هذا الغير قد وقع هو أيضاً حالاً لا مستقبلاً ، ولوجب في الحالتين رفع دعوى منع التعرض لا دعوى وقف الأعمال الجديدة (٣) . بقي أن يكون الغير راضياً بهذه الأعمال أو متواطئاً مع المدعى عليه في شأنها ، وفي هذه الحالة يكون الغير شريكاً للمدعى عليه ، ويستوى إذن أن تبدأ الأعمال في عقار المدعى عليه أو في عقاره هو .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وموضوع الدعوى ليس هو تعرضاً تم ، بل أعمالاً لو تمت لكان فيها تعرض للحيازة ، كما إذا بدأ شخص بناء حائط لوتّم لسد النور على مطل للجار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٩) .

(٢) أنظر آنفاً فقر ٣٣٩ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٨ ص ٢٣٨ .

٣٤٢ - المدة التي ترفع في خلالها دعوى وقف الأعمال الجديدة :

وقد رأينا (١) أن المادة ١/٩٦٢ مدني تقضي بأن يرفع المدعى دعوى وقف الأعمال الجديدة « بشرط ألا تكون قد تمت ، ولم ينتقض عام على البدء في العمل الذي يكون من شأنه أن يحدث الضرر » . فدعوى وقف الأعمال الجديدة يجب أن ترفع أولاً قبل الانتهاء من الأعمال الجديدة ، لأن هذه الأعمال لو تمت لوقع التعرض فعلاً ولوجب رفع دعوى منع التعرض لا دعوى وقف الأعمال الجديدة كما سبق القول (٢) . ويجب أن ترفع دعوى وقف الأعمال الجديدة ثانياً في خلال سنة من وقت البدء بهذه الأعمال (٣) .

وتسري السنة من وقت البدء بالأعمال الجديدة كما قدمنا ، فلو كانت أعمالاً متعاقبة سرت المدة من وقت البدء في أول عمل منها فلو انقضت السنة دون أن ترفع الدعوى ، ورفعت بعد ذلك ، لم تكن مقبولة . حتى لو كانت الأعمال الجديدة لم تتم . ويجب في هذه الحالة على المدعى أن يتربص حتى تتم هذه الأعمال ويقع التعرض فعلاً على حيازته ، وعندئذ يكون له أن يرفع دعوى منع التعرض في خلال سنة من وقت وقوع التعرض أي من وقت تمام الأعمال الجديدة (٤) .

ومدة السنة هي مدة سقوط لا مدة تقادم ومن ثم تسري على غير كامل الأهلية والغائب ، ولا توقف ولا تنقطع ، وقد سبق بيان ذلك بالنسبة إلى دعوى إسترداد الحيازة (٥) ، وبالنسبة إلى دعوى منع التعرض (٦) .

٣٤٣ - ما يحكم به في دعوى وقف الأعمال الجديدة : والذي يحكم به

القاضي في دعوى وقف الأعمال الجديدة ، ليس هو إزالة الأعمال الجديدة

(١) أنظر فقرة ٣٣٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٤١ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : «يرفع الجار دعوى وقف الأعمال الجديدة بشرط ألا يكون قد مضى عام على العمل الذي بدأ ، وبشرط ألا يكون العمل قد تم ، فإن تم العمل كانت الدعوى التي ترفع هي دعوى منع التعرض» (مجموعة الاعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٩) .

(٤) أنظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠١ هامش ١٤ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٣٢١ .

(٦) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٧ .

التي بدىء بها كما كان يحكم بذلك لو أن الدعوى كانت دعوى منع التعرض ، بل وقف هذه الأعمال دون إزالتها (١) . وتقضى المادة ٩٦٢/١ مدني بذلك صراحة ، كما رأينا (٢) ، إذ تقول إن للمدعى « أن يرفع الأمر إلى القاضي طالبا وقف هذه الأعمال . . . » .

ولا تخلو الحال من أحد أمرين :

(١) فاما أن يرى قاضي الحيازة أن المدعى على حق في دعواه ، ويقدر أن هناك أسبابا معقولة يخشى معها أن يكون هناك تعرض فعلي لحيازة المدعى لو تمت الأعمال الجديدة . فعند ذلك يحكم القاضي بوقف الأعمال وعدم الاستمرار ، إلى أن ترفع دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ويفصل فيها . وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يأمر المدعى الذي حكم لمصلحته بتقديم كفالة مناسبة ، تكون ضمانا للمدعى عليه الذي قضى عليه بوقف الأعمال التي بدأها . فاذا ما قضى بحكم نهائي ، في دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ، أن المدعى عليه كان هو الحق ، وأن اعتراض المدعى على استمرار الأعمال الجديدة كان على غير أساس من حيث موضوع الحق لا من حيث الحيازة ، جاز أن يحكم على المدعى بتعويض لإصلاح الضرر الذي أصاب المدعى عليه من جراء وقف الأعمال التي بدأها . وعندئذ تكون الكفالة التي قدمها المدعى بناء على حكم قاضي الحيازة ضمانا لهذا التعويض .

(٢) أو أن يرى قاضي الحيازة أن المدعى ليس على حق في دعواه لأن شروط دعوى وقف الأعمال الجديدة لم تتوافر ، فيقضى برفض الدعوى ، ومن ثم يستمر المدعى عليه في الأعمال الجديدة التي بدأها إلى أن ترفع دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ويفصل فيها . وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يأمر المدعى عليه المحكوم لصالحه بتقديم كفالة مناسبة ، تكون ضمانا للمدعى الذي حكم برفض دعواه . فاذا ما قضى بحكم نهائي ، في دعوى الملكية أو دعوى

(١) استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٩ - والقضاء بوقف الأعمال الجديدة هو قضاء مؤقت ، فالمدعى عليه أن يمتنع فيها إذا قضى لمصلحته في دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق (أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٨ ص ٢٣٩ - نقض فرنسي ٢١ فبراير سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٢ - ١ - ٣٨٥) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٩ .

موضوع الحق ، أن المدعى كان هو الحق وأن اعتراضه على مضي المدعى عليه في الأعمال الجديدة كان على أساس من حيث موضوع الحق لا من حيث الحيابة ، جاز أن يحكم على المدعى عليه بإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها . وعندئذ تكون الكفالة التي قدمها المدعى عليه بناء على حكم قاضي الحيابة ضماناً لهذه الإزالة .

وهذا هو الذي قضت به صراحة الفقرة الثانية من المادة ٩٦٢ مدني ، فهي تنص ، كما رأينا (١) على ما يأتي : « وللقاضي أن يمنع استمرار هذه الأعمال أو أن يأذن في استمرارها ، وفي كلتا الحالتين يجوز للقاضي أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة ، تكون في حالة الحكم بوقف الأعمال ضماناً لإصلاح الضرر الناشئ عن هذا الوقف متى تبين بحكم نهائي أن الاعتراض على استمرارها كان على غير أساس ، وتكون في حالة الحكم باستمرار الأعمال ضماناً لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها إصلاحاً للضرر الذي يصيب الحائز إذا حصل على حكم نهائي لمصلحته » (٢) .

ويخلص مما تقدم أن هناك فروقاً ثلاثة بين دعوى وقف الأعمال الجديدة ودعوى منع التعرض : (١) في دعوى وقف الأعمال الجديدة تبدأ الأعمال في عقار المدعى عليه ، أما في دعوى منع التعرض فقد تكون في عقار المدعى عليه أو في عقار المدعى أو في عقار الغير . (٢) في دعوى وقف الأعمال الجديدة تبدأ هذه الأعمال دون أن تتم ودون أن يقع تعرض فعلي ، أما في دعوى منع التعرض فتم هذه الأعمال ويقع تعرض فعلي . (٣) في دعوى وقف الأعمال الجديدة يقضي بوقف الأعمال الجديدة دون إلزائها ، أما في دعوى منع التعرض فيجوز أن يقضي . بإزالة هذه الأعمال (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٩ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « فإذا ما استوفت دعوى وقف الأعمال الجديدة شروطها ورفعت في الميعاد ، كان للقاضي حسب تقديره أن يمنع استمرار الأعمال أو أن يأذن في استمرارها بكفالة في الحالتين . فتكون الكفالة في الحالة الأولى لضمان التعويض فيما إذا تبين في دعوى الموضوع أن الأعمال التي وقفت كان ينبغي أن تستمر ، وفي الحالة الثانية لضمان التعويض فيما إذا تبين أن الأعمال التي أذن في استمرارها كان ينبغي أن توقف » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٩ - ص ٤٨٠) .

(٣) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٠ - وقد تحول دعوى وقف الأعمال الجديدة إلى دعوى منع تعرض ، إذا تضمنت الأعمال الجديدة تهديداً خطيراً بأن يقع التعرض =

المطلب الثاني

العلاقة بين الحيازة والملكية

٣٤٤ - مسألة : في العلاقة ما بين الحيازة والملكية ، نقابل ما بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية ، ثم نتكلم في العلاقة ما بين الحائر والمالك فيما يختص باسترداد الحائر للمصروفات وبمسئوليته عن الهلاك فيما لو ظهر أن الحائر غير مالك .

§ ١ - دعوى الحيازة ودعوى الملكية

٣٤٥ - المقابر ما بين دعاوى الحيازة ودعاوى الملكية : بسطنا فيما تقدم دعاوى الحيازة الثلاث ، وإلى جانب دعاوى الحيازة (actions possessoires) توجد دعاوى الملكية (actions pétitoires) . والفرق بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن دعوى الحيازة لا تحمي إلا الحيازة في ذاتها ولا شأن لها بالملكية أي بموضوع الحق ، أما دعوى الملكية فعلى العكس من ذلك تحمي الملكية أي موضوع الحق ولا شأن لها بالحيازة إلا حيث تكون الحيازة سببا لكسب الملكية . وقد قدمنا أن دعاوى الحيازة الثلاث يقابلها دعاوى ملكية ثلاث : فيقابل دعوى استرداد الحيازة دعوى استرداد الملكية وهذه هي دعوى الاستحقاق ، ويقابل

فعلا لو تمت هذه الأعمال ، وعند ذلك يجوز للقاضي أن يأمر بإزالة الأعمال الجديدة لا بوقفها بحسب على اعتبار أن هذا التهديد الخطير قد حول الدعوى إلى دعوى منع تعرض يجوز الحكم فيها بإزالة (بازو فقرة ١٤٦٤ - أنسيكلو بيدي دالوز ١ لفظ action possessoire فقرة ١١٧ - فقرة ١٢٣ - نقض فرنسي ٤ فبراير سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ - ١ - ٢٩٦) .

وتختلف دعوى وقف الأعمال الجديدة عن الطلب المستعجل . وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن دعوى وقف الأعمال الجديدة تعد من دعاوى وضع اليد على عقار أو حق عيني عقاري ، وموضوعها حماية اليد من تعرض يهددها ، ويقتضي الفصل فيها ثبوت الحيازة القانونية ، وتوافر أركانها والشروط اللازمة لحايتها . وتختلف هذه الدعوى عن الطلب المستعجل الذي يرفع إلى قاضي الأمور المستعجلة بوصفه كذلك ويقضى فيه على هذا الأساس ، إذ مناط اختصاصه بنظر هذا الطلب أن يقوم على توافر الخطر والاستعجال الذي يبرر تدخله لإصدار قرار وقفي ، يراد به رد عنوان ييلو للوهلة الأولى أنه بغير حق ومنع خطر لا يمكن تداركه أو يخشى استفحاله إذا ما فات عليه الوقت . والحكم الذي يصدره القاضي المستعجل في هذا الشأن هو قضاء بإجراء وقفي لا يمس أصل الحق (نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢٠ ص ١٤٧) .

دعوى منع التعرض فى الحيازة دعوى منع التعرض فى الملكية ، ويقابل دعوى وقف الأعمال الجديدة فى الحيازة ، دعوى وقف الأعمال الجديدة فى الملكية . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا بعدد دعاوى الملكية ، فكانت المادة ١١٦٥ من هذا المشروع تنص على أن « لملك الشئ أن يسترده ممن يكون قد حازه أو أحرزه دون حق ، وأن يطالب من تعرض له فيه بالكف عن التعرض ، وإذا خشى تعرضا كان له أن يطالب بمنع وقوعه » (١) . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، « اكتفاء بالقواعد العامة » (٢) .

وقد سبق أن قررنا فى صدد دعاوى الحيازة ودعاوى الملكية ما يأتى :
« ولما كانت دعاوى الحيازة لا تقتضى إلا أن يثبت المدعى حيازته مستوفية لشرائطها ، أما دعاوى الملكية فتقتضى أن يثبت المدعى ملكيته للشئ ، وهو إثبات أشد مشقة بكثير من إثبات مجرد الحيازة ، لذلك يلجأ المالك عادة إلى دعاوى الحيازة ليحمى بها حيازته . ولا يتكلف مشقة الإثبات بعد ذلك كما قدمنا ، بل على من يدعى الملكية أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز ، ويتحمل هو دون الحائز عبء إثبات الملكية ، وهو عبء شاق كما سبق القول . ومن ثم حلت دعاوى الحيازة فى العمل محل دعاوى الملكية ، وأغنت عنها فى كثير من الأحوال » (٣) .

٣٤٦- إثبات الحيازة - نص قانونى : تنص المادة ٩٦٣ مدنى على

ما يأتى :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢ فى الهامش - وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « والوسيلة الثانية لحماية حق الملكية هى دعاوى الملكية التى وضعت على غرار دعاوى الحيازة ، ولكن هذه أكثر استعمالا لسهولة . فللمالك أن يسترده ملكه من أى يد كانت وهذا ما يسمى بدعوى الاستحقاق ، وله أن يطلب منع تعرض الغير لملكه ، وإيقاف كل عمل لو تم لكان تعرضاً . ولكنه فى هذه الدعاوى الثلاث يطالب بإثبات حق ملكيته . وأهم هذه الدعاوى وأكثرها انتشاراً هى دعوى الاستحقاق . والأصل فى دعوى الاستحقاق أن ترفع على الحائز ، فهو المدعى عليه فى هذه الدعوى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣ فى الهامش .

(٣) الوسيط ٨ فقرة ٣٧٠ ص ٥٩٨ .

« إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد ، اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية ، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة » (١) .

ويخلص من هذا النص أن الحيازة ، وهي تتكون من عنصرين عنصر الحيازة المادية وعنصر القصد ، يكفي في إثباتها مبدئياً لإثبات العنصر الأول وهو عنصر الحيازة المادية . ولما كانت الحيازة المادية هي واقعة مادية ، فانه يجوز لمن يتمسك بأنه حائز لحق معين أن يثبت هذه الحيازة بجميع طرق الإثبات . ويدخل في ذلك البيئة ، فيجوز للقاضي أن يحيل الدعوى على التحقيق ، ليثبت من يدعى الحيازة حيازته بالبيئة . ويجوز أيضاً أن يقبل القاضي طريقاً آخر للإثبات غير البيئة ، فيستخلص من وقائع الدعوى والأوراق والمعاينة ثبوت الحيازة المادية أو عدم ثبوتها . وعلى مدعى الحيازة أن يثبت أيضاً خلوها من العيوب ، وأنها حيازة مستمرة علنية هادئة غير غامضة (٢) . فإذا ظهر أنها حيازة معيبة ، كأن ثبت أن الحائز قد حصل عليها بالإكراه أو في خفاء ، فانها لا تصلح أن تكون قرينة على وجود الحيازة القانونية .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤١٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة شيء واحد ، اعتبر حائزاً بصفة مؤقتة من كانت له الحيازة المادية ، إلا إذا كان واضحاً أنه قد حصل على هذه الحيازة من غيره بطريقة معيبة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٣٨ في المشروع النهائى بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٣ ، بعد استبدال كلمة « حق » بكلمة « شئ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٨١ - ص ٤٨٢) ولامقابل للنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٦٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠١ - ص ٢٠٢ - وانظر ، فيما إذا تنازع شخصان حيازة حق ، في قواعد المناضلة مابين الحيازتين المقررة في المادة ١/٩٥٩ مدنى وتنص على أن « الحيازة الأحق بالترتيب هي الحيازة التى تقوم على سند قانونى ، فإذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند ، أوتعادت مستنداتهم ، كانت الحيازة الأحق هي الأسبق في التاريخ » . وقد سبق بسط هذه القواعد (أنظر فقرة ٣٢٥) .

أما إذا أثبت الحائز الحيازة المادية على الوجه المتقدم الذكر ، قامت هذه الحيازة وحدها قرينة على وجود الحيازة القانونية كاملة ، أى الحيازة مقترنة بعنصر القصد . فعنصر القصد ، أى أن الحائز يحوز لحساب نفسه لا لحساب غيره ، هو إذن يفترض بثبوت الحيازة المادية . ولكن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للخصم الآخر أن يدحضها بأن يثبت أن عنصر القصد غير موجود ، وأن الحائز بالرغم من ثبوت الحيازة المادية لديه إنما يحوز لحساب غيره لا لحساب نفسه . كذلك يجوز للخصم أن يثبت أن الحائز إنما تقوم حيازته على عمل من أعمال التسامح ، فينتفى بذلك عنصر القصد .

٣٤٧- إتيان الملكية - نص قانونى : تنص المادة ٩٦٤ مدنى على ما يأتى :

« من كان حائزاً للحق ، اعتبر صاحبه ، حتى يقوم الدليل على العكس » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤١٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - من كان حائزاً للشيء أو للحق ، اعتبر مالكا له حتى يقوم الدليل على العكس . ٢ - وإذا ادعى الحائز أن حيازته تقوم على حق غير الملكية شخصياً كان أو عينياً ، اعتبرت الحيازة قرينة على وجود هذا الحق ، ولكن لا يجوز للحائز أن يحتج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٦ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت كلمة «الشيء» ، واستبدلت كلمة «صاحبه» بعبارة «مالكا له» فى الفقرة الأولى ، وحذفت الفقرة الثانية «اكتفاء بالقواعد العامة» . فأصبح النص تحت رقم ٩٦٤ ، مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٢ - ص ٤٨٤) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٦٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٥٧ : ١ - من حاز شيئاً اعتبر مالكا له ، حتى يقوم الدليل

على العكس . ٢ - وإذا ادعى الحائز أن حيازته منصبية على حق شخص أو على حق عينى غير الملكية ، اعتبرت الحيازة قرينة على وجود هذا الحق حتى يقوم الدليل على العكس ، ولكن لا يجوز للحائز أن يحتج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة . (والتقنين العراقى يتفق مع التقنين المصرى فى حكم الفقرة الأولى ، ومع المشروع التمهيدى للتقنين المصرى ومع القواعد العامة فى حكم الفقرة الثانية) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

ويخلص من هذا النص أن القانون قد أقام قرينة قانونية ، إذ جعل من حيازة الحق قرينة على الملكية . والقرينة غير قاطعة ، فهي تقوم لصالح الحائر ، حتى يقيم خصمه مدعى الملكية الدليل على عكس ذلك وأنه هو المالك (١) .

وقد سبق أن فصلنا طرق إثبات الملكية ، بعد أن قسمناها إلى طرق إثبات دلالتها يقينية وطرق إثبات دلالتها ظنية . فالطرق الأولى هي السجل العيني والتقدم والحيازة ، والطرق الأخرى هي قرائن قضائية تثبت احتمالات راجحة (probabilités) كسند التملك والمكلفة ودفع الضرائب وخريطة فك الزمام والتسجيل . وقد تتعارض طرق الإثبات ، فإذا قدم كل من الخصمين في دعوى الملكية طرق إثباته وتعارضت هذه الطرق ، فهناك طريقان قاطعا للدلالة في الملكية هما السجل العيني والتقدم المكسب . فمضى استطاع الخصم أن يثبت ملكيته عن طريق السجل العيني ، إذا كان هذا السجل ساريا في المنطقة التي فيها العقار المتنازع فيه ، كان هو المالك . فإذا لم يكن السجل العيني ساريا ، واستطاع الخصم أن يثبت أنه تملك العقار المتنازع فيه بالتقدم ، كان هو المالك . فإذا لم يكن السجل العيني ساريا ، ولم يستطع الخصم أن يثبت الملكية بالتقدم ، فالصورة المألوفة التي تبقى بعد ذلك أن يكون المدعى عليه هو الحائر للعقار . فيتمسك بالحيازة قرينة قانونية على أنه هو المالك ، ويلقى على عاتق خصمه عبء دحض هذه القرينة . فإذا لم يقدم المدعى قرينة تدحض قرينة الحيازة ، رفضت دعواه وبقي الحائر على حيازته . أما إذا قدم المدعى قرينة تعارض قرينة الحيازة ، من سند تملك أو مكلفة أو دفع ضرائب أو غير ذلك ، وقدر القاضي أن القرينة التي قدمها المدعى تدحض قرينة الحيازة ، حكم للمدعى بالملكية . فالقرينة التي تدحض قرينة الحيازة ينبغي أن يترك أمر تقديرها إلى

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٣٧٤ ص ٦٠٤ - ص ٦٠٥ - وقد قضت محكمة النقض بأن الحيازة مجرد قرينة قانونية على الملك يجوز نفيها ، فإذا كان الحكم قد انتهى إلى ما قرره من نفي ملكية حائر الأرض موضوع النزاع بأسباب موضوعية سائغة ، فانه لا يكون هناك محل للنفي عليه بالخطأ في فهم أثر القرينة المستفادة من الحيازة المنصوص عليها في المادة ٩٦٤ مدني (نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٢) . وانظر أيضاً استئناف وطني ٢٧ مارس سنة ١٨٩٢ الحقوق ٩ ص ١٧٢ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٩٠ ص ٩٠ .

القاضي ، فهو الذي يقدر ما إذا كانت الاحتمالات المستمدة من الحيازة أقوى فرفض دعوى الملكية ، أو أن الاحتمالات المستخلصة من القرائن التي قدمها المدعى هي الأقوى فيقضى له بالملكية^(١) .

ويخلص مما تقدم أن القانون قد رسم طريقاً لإثبات الملكية ، واستعان في ذلك بقرينتين قانونيتين : (الأولى) أن الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية ، إلى أن يثبت العكس . (والثانية) أن الحيازة القانونية قرينة على الملكية ، إلى أن يثبت العكس . فيستطيع الخصم الذي يتمسك بأنه هو المالك أن يبدأ بإثبات حيازته المادية ، ويثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ، وعند التنازع ما بين حيازتين رسم القانون طرق المفاضلة فيما بينهما على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم^(٢) . فإذا ما ثبتت الحيازة المادية ، كانت هذه الحيازة قرينة على الحيازة القانونية ، إلا إذا أقام الخصم الآخر الدليل على العكس . أما إذا لم تدحض هذه القرينة وثبتت بذلك الحيازة القانونية ، فإن هذه الحيازة تكون هي بدورها قرينة على الملكية ، وذلك بشرط ألا يحتاج الحائز هذه القرينة على من تلقى منه الحيازة^(٣) . وإذا قامت الحيازة القانونية قرينة على الملكية ، فإن

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٨ فقرة ٣٧٤ - فقرة ٣٧٦ - وانظر في القواعد التي وضعها القضاء الفرنسي في المفاضلة ما بين طرق إثبات الملكية التي يقدمها كل من الخصمين عند التعارض ما بين هذه الطرق في الصور الثلاث لهذا التعارض الوسيط ٨ فقرة ٣٧٦ - فقرة ٣٨٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٥ .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٦٤ مدني يتضمن فقرة ثانية تقضى بهذا الحكم الأخير ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « وإذا ادعى الحائز أن حيازته تقوم على حق غير الملكية ، شخصياً كان أو عينياً ، اعتبرت الحيازة قرينة وجود هذا الحق ، ولكن لا يجوز للحائز أن يحتاج هذه القرينة على من تلقى منه الحيازة » . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة مجلس الشيوخ « اكتفاء بالقواعد العامة » (أنظر آنفاً فقرة ٣٤٦ في الهامش) .

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص هذا النص المخوف ما يأتي : « ويلاحظ أن الحيازة إنما تكون قرينة على الملكية إذ لم تكن هناك علاقة استخلاف بين مدعى الملكية والحائز ، أما إذا كان هذا خلفاً لذلك فلا يجوز أن يحتاج الخلف على السلف إلا بالاتفاق الذي انتقلت بمقتضاه الحيازة . فالمستأجر مثلاً لا يستطيع أن يتخذ من الحيازة المادية قبل المؤجر قرينة على الحيازة القانونية ، ثم من هذه قرينة على الملكية . بل إن عقد الإيجار هو الذي يحدد العلاقة فيما بين المؤجر والمستأجر بالنسبة للحيازة ، فيكون المستأجر بناء على هذا العقد حائزاً لالحق الملكية ، بل لحق شخصي هو حقه كاستأجره (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٣ - ص ٤٨٤) .

للخصم الآخر أن يدحض هذه القرينة بأن يقيم الدليل على أنه هو المالك . وقد وضع القضاء عند التنازع في طرق إثبات الملكية ، كما وضع القانون عند التنازع في طرق إثبات الحيازة ، قواعد للمقابلة ما بين طريقة وأخرى (١) .

٣٤٨- عزم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية : وهناك

قاعدة هامة في خصوص العلاقة ما بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية ، وهي تقضى بعدم جواز الجمع بين الدعويتين . وقد نصت المادة ٤٨ من تقنين المرافعات على هذه القاعدة ، وهي تجرى على الوجه الآتي : « لا يجوز أن يجمع المدعى في دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق ، وإلا سقط إدعاؤه بالحيازة . ولا يجوز من المدعى عليه في دعوى الحيازة أن يدفعها بالاستناد إلى الحق ، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل في دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذي يصدر فيها ، إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه . وكذلك لا يجوز الحكم في دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه » (٢) .

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٣٧٦ - فقرة ٣٨٠ - وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : «إذا ثبتت الحيازة تكون قرينة على الملكية ، فيفرض أن الحائز مالك حتى يقيم المدعى الدليل على العكس . لذلك كان الحائز مدعى عليه دائماً في دعاوى الملكية ، مع أن الحيازة نفسها قد تكون محل شك في ثبوتها . لذلك يقتضى الأمر إيجاد قرينة أخرى هي الحيازة المادية التي توافرت شروطها من هدوء واستمرار وظهور ووضوح . فن أثبت أن عنده هذه الحيازة المادية ، تمسك بذلك قرينة على الحيازة القانونية . وعلى من ينازعه أن يثبت أنه هو الحائز ، وأن هذه الحيازة المادية هذه إنما كانت لحسابه مثلاً ، أو كانت غير مقترنة بالعنصر المعنوى . ويتبين من ذلك أن من يستطيع إثبات الحيازة المادية لنفسه ، له أن يتخذ منها قرينة على الحيازة القانونية ، ثم يتخذ من هذه قرينة على الملكية ذاتها ، وفي هذا تيسير كبير لإثبات الملكية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٣) .

(٢) ويقابل هذا النص في مشروع تقنين المرافعات الجديد المادة ٤٤ من هذا المشروع ، وهي مطابقة لنص المادة ٤٨ مرافعات فيما عدا فروقاً لفظية طفيفة . ويقابل النص في تقنين أصول المحاكمات المدنية البناني النصوص الآتية : م ٤٤ : إن الدعاوى العينية العقارية تدعى ملكية عندما يراد بها إثبات ملكية حق عيني ، وتدعى تصرفية تقتصر تقتصر على إثبات التصرف بحق عيني . م ٤٥ : من أقام الدعوى الملكية لاتقيل منه فيما بعد الدعوى التصرفية ، أما الذى يقيم الدعوى التصرفية ويخسرها فيجوز له أن يقيم الدعوى الملكية . م ٤٦ : لا يجوز للمحكمة المرفوعة لديها الدعوى التصرفية أن تبني حكمها على أسباب تتعلق بالملكية . م ٤٧ : لا تجوز إقامة الدعوى الملكية والدعوى التصرفية في وقت واحد ، فالمحكمة التي تقام لديها دعوى تتعلق بحق الملكية وبحق التصرف معاً يجب عليها أن تعلن عدم صلاحيتها في القسم الذى لا يحق لها أن تنظر فيه .

ونرى من هذا النص أن قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية تلزم المدعى ، وتلزم المدعى عليه ، وتلزم القاضى (١) . ثم إن الحكم الصادر فى دعوى الحيازة لا تكون له حجية فى دعوى الملكية . فهذه مسائل أربع ، نستعرضها تباعاً .

٣٤٩ - قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية

تلزم المدعى : رأينا (٢) أن الفقرة الأولى من المادة ٤٨ مرافعات تنص على أنه « لا يجوز أن يجمع المدعى فى دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق ، وإلا سقط ادعاؤه بالحيازة » . ويمكن أن تتصور فى هذا الصدد أن المدعى طالب فى دعوى الحيازة ذاتها بالملكية أو موضوع الحق ، أو أنه رفع دعوى الحيازة وقبل أن يفصل فيها رفع دعوى موضوع الحق ، أو أنه رفع دعوى موضوع الحق وقبل أن يفصل فيها رفع دعوى الحيازة . فى هذه الفروض الثلاثة جميعاً ، يكون المدعى قد جمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أى دعوى موضوع الحق ، وهذا لا يجوز ، ويسقط الادعاء بالحيازة كما يقول النص أى تصبح دعوى الحيازة غير مقبولة .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصور بدعوى أصل الحق ، التى نص فى المادة ٤٨ من قانون المرافعات على عدم جواز الجمع بينها وبين دعاوى الحيازة ، هو دعوى الملكية أو أى حق آخر متفرع منها (نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٥١٧) . وقضت أيضاً بأن الأساس الأصلى لدعاوى الحيازة هو الحيازة بشروطها القانونية ، فلا محل للتعرض فيها لبحث الملكية وفحص ما يتمسك به الخصوم من مستندات ، إلا أن يكون ذلك على سبيل الاستثناس يستخلص منها القاضى كل ما كان متعلقاً بالحيازة وصفتها ، وبشرط ألا يكون الرجوع إلى مستندات الملك مقصوداً لتحرى الحق . وتلك قاعدة يرتبط بها المدعى والمدعى عليه وقاضى الدعوى ، فلا يجوز للمدعى أن يجمع فى دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق ، ولا يجوز للمدعى عليه أن يدفعها بالاستناد إلى الحق ، ولأن يقيم القاضى حكمه على أساس ثبوت الحق أو نفيه . وإذن فانه يكون من غير المقبول فحص مستندات ملكية الخصوم فى دعاوى الحيازة ، والبت فى شأنها بالصحة أو بالتزوير ، لما فى ذلك من المساس بالحق وجوداً وعدماً (نقض مدنى ١٦ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ص ٦٤٣ رقم ١٢٨ - وانظر أيضاً نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٣٠ - ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٣٢ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٢٨ - استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٤١ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٠) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٤٨ .

ففي الفرض الأول ، إذا طالب المدعى في دعوى الحيازة ذاتها بالملكية أو موضوع الحق ، فإن هذا لا يتأتى إلا إذا كان القاضي الجزئي المختص بنظر دعوى الحيازة مختصاً أيضاً بدعوى الملكية ، وهذا نادر (١) . والغالب أن تجاوز دعوى الملكية نصاب القاضي الجزئي ، فإذا رفعت أمامه حكم بعدم الاختصاص بنظر دعوى الملكية ، وبعدم قبول دعوى الحيازة لأن رفع دعوى الملكية ولو أمام محكمة غير مختصة يتضمن نزول المدعى عن دعوى الحيازة كما سرى . أما إذا كان القاضي الجزئي مختصاً بنظر دعوى الملكية ، ورفع المدعى دعوى الحيازة وطالب بالملكية في نفس الدعوى ، فإن القاضي ينظر طلب الملكية لأنه مختص بنظره ، ويحكم في دعوى الحيازة بعدم القبول لأن رفع دعوى الملكية يتضمن نزول المدعى عن دعوى الحيازة (٢) .

وفي الفرض الثاني ، إذا رفع المدعى دعوى الحيازة وقبل أن يفصل فيها رفع دعوى الملكية ، فإن رفعه لدعوى الملكية قبل أن يفصل في دعوى الحيازة يعتبر نزولاً منه عن دعوى الحيازة ، فيقضى بعدم قبول هذه الدعوى ، ولا تنظر إلا دعوى الملكية (٣) .

وفي الفرض الثالث ، إذا رفع المدعى دعوى الملكية وقبل أن يفصل فيها رفع دعوى الحيازة ، حتى لو نزل عن دعوى الملكية ، فإن دعوى الحيازة تحكم بعدم قبولها ، لأن رفع دعوى الملكية قبل ذلك ينضمن نزولاً عن دعوى الحيازة (٤) . وغنى عن البيان أنه لا يتصور أن يفصل في دعوى الملكية ، ثم يرفع المدعى دعوى الحيازة بعد ذلك . ذلك لأنه إذا فصل في دعوى الملكية

(١) أما إذا أصبح المشروع الجديد لتقنين المرافعات قانوناً ، فإن هذا الأمر لا يكون نادراً ، بل يكون هو الذي يقع في العادة . فقد قدمنا أن هذا المشروع لا يجعل دعاوى الحيازة من اختصاص القضاء الجزئي بل يخضعها للقواعد العامة للاختصاص ، فتصبح دعوى الملكية ودعوى الحيازة كلتاهما من اختصاص محكمة واحدة .

(٢) أنظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٣ هامش ٤٢ .

(٣) استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٣٨ - أوبري ورو ٢ فقرة

١٨٦ ص ٢١٣ .

(٤) استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣٧ - ١٠ مايو سنة ١٩٠٦

م ١٨ ص ٢٥٢ - ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٥١ - ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧

ص ٣٨ .

لصالح المدعى لم يعد في حاجة إلى دعوى الحيازة ، وإذا قضى فيها لغير صالحه فلا يجدي به أن يرفع دعوى الحيازة (١) .

فالواجب إذن أن يقتصر المدعى على رفع دعوى الحيازة ، أو على رفع دعوى الملكية . فإذا كانت حيازته ثابتة وتوافرت شروطها ، اقتصر على رفع دعوى الحيازة (٢) . فإذا ما قضى لصالحه في دعوى الحيازة ، بقي على حيازته ، وعلى خصمه أن يرفع دعوى الملكية فيكون هو باعتباره حائزاً مدعى عليه فيها . أما إذا لم تكن حيازته ثابتة أو غير متوافرة الشروط ، اقتصر على رفع دعوى الملكية على الحائز ، وعليه في هذه الحالة أن يثبت الملكية لا الحيازة (٣) . ويخلص مما تقدم أن رفع المدعى لدعوى الملكية ، وإن كان لا يتضمن اعترافاً منه بأن الحيازة عند خصمه ولا نزولاً منه عن التمسك بمزايا الحيازة ، إلا أنه يتضمن نزولاً منه عن استعمال دعوى الحيازة (٤) . ويلاحظ في هذا الصدد : (أولاً) أن رفع دعوى الملكية هو الذي يتضمن النزول عن دعوى الحيازة ، فأية دعوى أخرى يرفعها المدعى لا تتضمن هذا النزول ، والوصف القانوني للدعوى بأنها دعوى ملكية يخضع لرقابة محكمة النقض (٥) . وعلى ذلك

(١) استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥٩ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدعى يطلب بدعواه الحكم له بمنع تعرض المدعى عليه ، فلا يجوز أن يدعى أنه مالك للأرض محل النزاع ، إذ أن هذا لا يجوز إقامته في دعوى وضع اليد (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٢٦) . ولا يقبل من المدعى عليه في دعوى الحيازة دفعها بالاستناد إلى نفي الحق (نقض مدني ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٥٨ ص ١١١٢) .

(٣) وإذا رفعت دعوى الملك لم يجز بعد ذلك رفع دعوى الحيازة (نقض مدني ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٢٩) . ولا يعتبر رفعاً لدعوى الملكية طلب المعافاة من الرسوم توطئة لرفع دعوى الملكية ، مادامت هذه الدعوى لم ترفع بالفعل (استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٥) .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٤ هامش ٤٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٢ ص ٢٠١ - أنسيكلو بيدي داللو ١ لفظ action possessoire فقرة ٢٧ - فقرة

٣١ - نقض فرنسي ١٣ يولييه سنة ١٨٨٦ داللو ٨٧ - ١ - ١٧٤ .

(٥) نقض فرنسي ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ داللو ١٩٠٥ - ١ - ٤١٧ - ٢٠ أبريل

سنة ١٩٠٦ داللو ١٩٠٨ - ١ - ٥٠١ .

لا يتضمن نزولا عن دعوى الحيازة رفع طالب الحيازة دعوى بالشفعة ضد من سلب حيازته (١) ، أو رفعه دعوى مستعجلة باتخاذ بعض إجراءات تحفظية (٢) . ولكن يكفي أن ترفع دعوى الملكية ليتضمن رفعها نزولا عن دعوى الحيازة ، حتى لو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة (٣) ، وحتى لو ترك المدعى الخصومة بعد رفع الدعوى (٤) . (ثانياً) أن رفع دعوى الملكية إنما يكون نزولا عن دعوى الحيازة التي يكون سببها راجعا إلى تاريخ سابق على رفع دعوى الملكية ، أما إذا كان سبب دعوى الحيازة لا حقا لرفع دعوى الملكية فبدهى أن دعوى الملكية لا تتضمن نزولا عن سبب جده بعد رفعها (٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد رفع طالب الحيازة دعوى بالشفعة ضد من سلب حيازته ، في أثناء نظر دعواه بالحيازة أو قبلها أو بعدها ، لا يعتبر جمعا بين دعوى اليد ودعوى الملك بما يسقط حقه في الادعاء بالحيازة . ذلك أن الشفعة وإن كانت من أسباب التملك ، غير أن السند القانوني المنشئ للملكية فيها هو الحكم الذي يصدر لمصلحة الشفع ، الذي لا يمكن أن يكون مالكا أو يدعى ثبوت الملك قبل الحكم له بأحقية تملك العقار المبيع (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤٥ : ويلاحظ أن محكمة النقض هنا سارت على مذهبها من أن الحكم بالشفعة سبب منشئ للملكية ، فيستقيم حكمها بأن دعوى الشفعة ليست بدعوى الملكية) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً في هذا المعنى بأن رفع دعوى الشفعة لا يعتبر رفعاً لدعوى الملكية ، وعلى ذلك لا يمنع من رفع دعوى الحيازة (استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٣) .

(٢) نقض فرنسي ٧ مارس سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ١ - ٣٨١ .

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٢ ص ٢٠٢ - نقض فرنسي ١٥ نوفمبر سنة ١٩٦٥ دالوز ٦٦ - ١ - ١١٦ - ٢٢ يونيو سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٧ - ١ - ٥٦ .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٤ وهامش ٤٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٢ ص ٢٠٢ - نقض فرنسي ٢٠ مايو سنة ١٩٤٩ سيرييه ١٩٥ - ١ - ٩٩ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا حصل التعرض للحيازة بعد رفع دعوى الملك ، فإن للمدعى الملكية أن يلحق بدعوى الملكية دعوى الحيازة بعد أن استجد سببها (نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٠ ص ٢٠٥) - وانظر محمد كامل مرسي ٤ فقرة ٤٠ ص ٤٤ وانظر كذلك أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٢ ص ٢٠٢ - نقض فرنسي ١٥ يناير سنة ١٨٩٤ دالوز ٩٤ - ١ - ١٥٩ - ٧ يوليو سنة ١٩٣٧ جازيت دي باليه ١٩٣٧ - ٢ - ٦٧٨ .

٣٥٠ - قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية

نلتزم المرعى عليه : رأينا (١) أن الفقرة الثانية من المادة ٤٨ مرافعات تنص على ما يأتي : « ولا يجوز من المدعى عليه في دعوى الحيازة أن يدفعها بالاستناد إلى الحق ، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل في دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذي يصدر فيها ، إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه » . ويؤخذ من هذا النص أن المدعى عليه يلتزم بعدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية من ناحيتين :

(الناحية الأولى) أنه إذا رفعت عليه دعوى الحيازة ، فانه لا يستطيع أن يدفع هذه الدعوى إلا بدفع مستمد من الحيازة ذاتها ، بصرف النظر عن موضوع الحق . فلا يستطيع أن ينكر على المدعى حيازته بدعوى أنه هو المالك فيجب أن تكون عنده الحيازة ، لأن في هذا الدفع جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية . وإنما يستطيع أن يدفع دعوى الحيازة بأن الحيازة غير ثابتة للمدعى ، أو بأنها لم تتوافر فيها الشروط الواجبة ، أو بغير ذلك من الدفوع التي ترجع إلى الحيازة لا إلى الملكية .

(الناحية الثانية) أنه إذا رفعت عليه دعوى الحيازة ، فانه لا يستطيع ، قبل أن يفصل في هذه الدعوى . أن يرفع هو دعوى الملكية على المدعى في دعوى الحيازة . ذلك لأنه يجب أن يترتب حتى يقضى في دعوى الحيازة حتى لا يجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية ، فاذا حكم في دعوى الحيازة لصالح المدعى وجب عليه أيضا أن ينفذ الحكم كاملا وألا يضيع على خصمه الحيازة التي قضى له بها (٢) . وبعد ذلك ، أى بعد أن يستقر خصمه في

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٤٨ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩١ ص ٢٠٠ - وانظر م ١/٢٧ مرافعات فرنسي . وتزيد المادة ٢/٢٧ مرافعات فرنسي أنه إذا أبطأ المدعى الذي حصل على حكم لصالحه في دعوى الحيازة في تنفيذ هذا الحكم ، فشل بذلك المدعى عليه من أن يرفع دعوى الملكية ، جاز لهذا الأخير أن يحصل من محكمة دعوى الملكية على تعيين أجل ليقوم المدعى في أثناءه بتنفيذ الحكم ، وتقبل دعوى الملكية بمجرد انقضاء هذا الأجل (أنظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩١) . ولا يوجد نص مقابل في القانون المصري فتطبق القواعد العامة ، وقد نصل في تطبيقها إلى نفس النتيجة .

حيازته ، يستطيع هو أن يرفع عليه دعوى الملكية . فان رفعها قبل ذلك ، أى قبل أن يفصل فى دعوى الحيازة أو قبل أن ينفذ الحكم الصادر لمصلحة خصمه فى هذه الدعوى ، فان دعوى الملكية التى يرفعها لا تكون مقبولة (١) ، إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه (٢) .

هذا إذا كانت الدعوى المرفوعة هى دعوى الحيازة . أما إذا كانت الدعوى المرفوعة هى دعوى الملكية ، فان المدعى عليه فى هذه الدعوى يستطيع ، قبل الفصل فيها ، أن يرفع دعوى الحيازة ، سواء كان سبب دعوى الحيازة سابقا على رفع دعوى الملكية أو لاحقا لرفع هذه الدعوى . وهذا بخلاف المدعى فى دعوى الملكية فقد رأينا (٣) أنه لا يستطيع رفع دعوى الحيازة إلا إذا كان سبب هذه الدعوى لاحقا لرفع دعوى الملكية ، إذ أن رفع المدعى لدعوى الملكية يتضمن نزولا منه عن دعوى الحيازة كما سبق القول . وترجع العلة فى التفريق فى دعوى الملكية ما بين المدعى والمدعى عليه على النحو المتقدم ، أن المدعى هو الذى رفع دعوى الملكية باختياره ، فيحمل هذا منه على نزول ضمنى عن دعوى الحيازة ، بخلاف المدعى عليه فهو لم يرفع دعوى الملكية بل رفعها عليه المدعى . فلا يجوز أن يحرمه المدعى بفعله من حقه فى رفع دعوى الحيازة (٤) .

(١) وتقضى محكمة النقض الفرنسية بأن الدعوى تكون مقبولة ، ولكن يؤجل إجراء السير فيها حتى يفصل فى دعوى الحيازة وينفذ الحكم (نقض فرنسى ١٣ نوفمبر سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٦ - ١ - ١٢٣) . ولكن نص تقنين المرافعات المصرى صريح فى أن الدعوى تكون غير مقبولة : « ولا تقبل دعواه بالحق . . . » . ويذهب بعض الفقهاء فى فرنسا إلى رأى الذى أخذ به تقنين المرافعات المصرى (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٣ هامش ٤٥ : ولا يجعلان لرفع دعوى الملكية قبل الفصل فى دعوى الحيازة وقبل تنفيذ الحكم أثراً إلا فى قطع التقادم إذا تبين أن المدعى فى دعوى الحيازة لم يرفع هذه الدعوى إلا ليعرقل رفع دعوى الملكية حتى يمتنع قطع التقادم) .

(٢) استئناف مختلف ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢١ - وانظر مارتى ورينو فقرة ٢٠٨ - أنسيكلو بيدى داللو ١ لفظ action possessoire فقرة ٣٢ - فقرة ٣٤ - نقض فرنسى ٣٠ مايو سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٥٠ - ١ - ٩٩ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ٣٤٩ .

(٤) استئناف مختلف ٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١١٦ - ١٧ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٦ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٤٢ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٥ وهامش ٤٩ - بلانتيون وزيبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٢ ص ٢٠٢ - نقض فرنسى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٧٤ داللو ٧٥ - ١ - ١٠٣ .

٣٥١ - قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية

تلزم القاضي : رأينا (١) أن الفقرة الأخيرة من المادة ٤٨ مرافعات تنص على ما يأتي : وكذلك لا يجوز الحكم في دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق ونفيه . ويعني ذلك أن القاضي يتقيد بقاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية من ناحيتين : .

(الناحية الأولى) أن القاضي لا يستطيع أن يبني حكمه في دعوى الحيازة ، قبولاً أو رفضاً ، على أسباب يستمدّها من موضوع الحق (٢) . فيجب عليه أن يبني الحكم على أسباب مستمدة من الحيازة ذاتها . ومن أنها استوفت شروطها . فاذا استند في إجابته لطلب المدعي في دعوى الحيازة على أنه هو المالك ، أو على أن حيازته تستخلص من سند ملكيته . أو على أنه قد قضى له بالملكية بموجب حكم سابق . كان هذا جمعاً غير جائز بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية (٣) . كذلك يعتبر جمعاً غير جائز بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يرفض القاضي دعوى الحيازة بعد أن ثبتت له الحيازة مستوفية

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٤٨ .

(٢) نقض فرنسي ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٠ سيرييه ١٩١٥ - ١ - ١٠٨ - ١٠ يولييه سنة ١٩١١ سيرييه ١٩١٥ - ١ - ١٢ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز الحكم في دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه . فاذا كانت الدعوى قد رفعت بطلب منع التعرض للطاعن في المرور بالطريق الموصل إلى أرضه تأسيساً على استيفائه للشرائط القانونية التي تحمي يده على ارتفاع المرور ولم تؤسس على ثبوت حق الارتفاع في المرور وتملكه له . فإن الحكم المطعون فيه ، إذ قضى برفض الدعوى على أساس انتفاء ملكية الطاعن لحق المرور الذي يحوله القانون لمن كانت أرضه محبوسة عن الطريق طبقاً للمادة ٨١٢ مدني ، يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه (نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨٢ ص ٥٥١) . وقضت أيضاً بأنه إذا رفعت دعوى منع تعرض ، وطلب المدعي الإحالة إلى التحقيق ليثبت انتفاعه بالشارع المتنازع عليه المدة الطويلة المكسبة للملك ، فأجابته المحكمة إلى طلبه هذا وباشرت التحقيق ، ثم عرضت عند انفصل في الموضوع إلى حق الارتفاع على الطريق ، وبنت على ثبوته بوضع اليد المدة الطويلة قضاءها في دعوى التعرض ، ثم أيدت محكمة الدرجة الثانية هذا الحكم آخذة بأسبابه بالرغم من تمسك المدعي عليه بعدم قبول دعوى الحيازة المرفوعة من خصمه بعد أن استحالت إلى دعوى ملك ، فذلك لما فيه من جمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملك خروج صريح على حكم المادة ٢٩ من قانون المرافعات (نقض مدني ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧١ ص ٢٥٨) . وانظر أيضاً نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٠ ص ٢٠٥ . وقضت محكمة =

لشرائطها ، مستندا في ذلك إلى أن المدعى عليه إنما كان يستعمل حقا ثابتا له ، أو أنه لم يلحق المدعى أى ضرر من تعرضه (١) . ولكن إذا استند القاضي في حكمه في دعوى الحيازة إلى أن الحيازة ثابتة مستوفية لشرائطها ، وأضاف

= النقض كذلك بأن المادة ٢٩ مرافعات (قديم) ، إذ تنهى عن الجمع بين دعوى اليد ودعوى الحق ، تلزم القاضي إلزامها الخصوم بالنزول على حكمها ، فيتعين على القاضي أن يقيم حكمه في دعوى اليد على توافر وضع اليد بشروطه القانونية أو عدم توافره ، لا على ثبوت الحق أو عدم ثبوته . فإذا كان الحكم في دعوى وضع اليد قد اتخذ من ثبوت حق الارتفاق الأساس الوحيد لقضائه بإعادة الطريق محل النزاع إلى حالته الأولى ، فانه يكون مخالفاً للقانون (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٢٧) . وقضت أيضاً بأنه لا يجوز لقاضي وضع اليد أن يجعل حكمه في دعوى وضع اليد مبنياً في جوهره على أسباب ماسة بأصل حق الملك ، بل يجب عليه أن يكون جوهر بحثه في هذه الدعوى منصفاً على تبيين ماهيتها والنظر في توافر شروطها وعدم توافرها بحيث لو دعت ضرورة هذا البحث للرجوع إلى مستندات حق الملك فلا يكون ذلك مقصوداً لذاته ، بل يكون على سبيل الاستئناس ، وبالقدر الذي يقتضيه التحقق من توافر شروط وضع اليد ، الأمر الذي يجب أن يجعله القاضي مناط تقصيه . فان تجاوز هذا فبحث في الملكية فنفاها ، وجعل أساس قضائه في دعوى اليد ما قضى به أصل الحق ، فانه يكون قد خالف القانون (نقض مدني ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٣ رقم ١٣٣ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٤ رقم ١٣٤ - ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٤ رقم ١٣٥ - ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٤ رقم ١٣٦ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء أول ص ١٦٤٤ رقم ١٣٧ - ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٤ رقم ١٣٨ - ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٤ رقم ١٣٩ - ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤١ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٥٠) . وقضت أيضاً بأن للقاضي في دعاوى وضع اليد أن يستخلص من مستندات الخصوم ، ولو كانت خاصة بالملك ، كل ما كان متعلقاً بالحيازة وصفها (نقض مدني ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٠ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤٢ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤٣ - ٧ يونيو سنة ١٩٥١ نفس المجموعة جزء أول ص ٦٤٥ رقم ١٤٤ - ١٢ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٧٠ - ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٢١٢ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٩٤ ص ١٢٣٣) .

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٩ ص ١٩٨ - نقض فرنسي ١٧ يولييه سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٢ - ١ - ١٩٢ - ١٦ أبريل سنة ١٩٠٧ داللو ١٩٠٧ - ١ - ٣٨٤ .

مع ذلك تزيدا أسبابا أخرى مستمدة من موضوع الحق ، واقتصر في منطوق الحكم على الحيازة دون موضوع الحق ، لم يكن هذا جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية (١) .

(الناحية الثانية) أن القاضي لا يستطيع . في منطوق حكمه في دعوى الحيازة ، أن يمس موضوع الحق . أو أن يجعل الحيازة متوافقة على الملكية لا تنفصل عنها ، أو أن يقضى بوقف الفصل في دعوى الحيازة إلى أن يصدر حكم في الملكية . فلو أن القاضي . في منطوق حكمه في دعوى الحيازة . لم يقتصر على الحيازة في ذاتها . بل قضى للمدعى بحقوق أوسع مدى أو أشد قوة استنادا إلى موضوع الحق . كان هذا جمعا غير جائز بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية (٢) . كذلك يعتبر جمعا غير جائز بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يرفض القاضي دعوى الحيازة على أساس أن الحيازة لا تنفصل عن الملكية . أو دون أن يرفض دعوى الحيازة بوقف الفصل فيها جاعلا من الفصل في الملكية مسألة أولية تسبق الفصل في دعوى الحيازة (٣) .

ولا يعتبر جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يأمر القاضي في دعوى الحيازة بمعاينة محل النزاع (٤) . أو أن يفحص سندات الملكية المقدمة من الخصوم ليسترشد بها في التعرف على طبيعة الحيازة ومداها واستيفائها لشروطها (٥) . وتحري المحكمة من المعاينة والمستندات ما إذا كان العقار المرفوع

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٠ - ص ٢١١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٩ ص ١٩٨ - نقض فرنسي ١٨ يونيو سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ - ١ - ٢٢٣ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ - ١ - ٢٤٥ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٩ ص ١٩٨ - نقض فرنسي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٢٥٧ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٥ - ص ٢٠٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٩ ص ١٩٨ - نقض فرنسي ١٧ يولييه سنة ١٩٢٤ جازيت دي باليه ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٤ - ٥ مايو سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ - ١ - ٣٧٣ .

(٤) نقض فرنسي ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٨٠ سيريه ٨٢ - ١ - ٢٧٤ - ١٤ مارس سنة ١٨٨١ سيريه ٨١ - ١ - ٢٠٨ .

(٥) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٠ ص ١٩٨ - نقض فرنسي ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٢ جازيت دي باليه ١٩٢٣ - ١ - ٣٩٤ - ٩ يولييه سنة ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٦ - ٣٩٤ . ويجوز بهذا الشرط فحص سند الملكية ولو كان

بشأنه دعوى منع التعرض ملكاً عاماً ليس فيه جمع بين دعوى اليد والملك ، لأن المقصود هو أن تستبين المحكمة حقيقة وضع اليد ، وقضاؤها المؤسس على أن العقار من المنافع العامة لا يمكن أن يكون حاسماً للتزاع في الملك (١) . أما الحيازة ذاتها فيجب أن تثبت من الأعمال المادية المكونة لها ، ولا يصح أن تثبت من سند الملكية وحده فيحل هذا السند محل الحيازة (٢) .

— متنازعا في صحته (استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٥٦ - ٢١ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٨١ - ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٦٣ - ٥ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢١١ - ٢٧ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٠ .

(١) نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٧ رقم ١٥٣ - ولا يعتبر جمعاً بين دعوى الملكية ودعوى الحيازة أن يعين القاضى في دعوى الحيازة خبيراً لتطبيق مستندات الملكية على العقار محل النزاع للتثبت من ذاتية هذا العقار (استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٦١) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٠ - ص ١٩٩ - نقض فرنسي ١٢ مارس سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٣ - ١ - ١٩٢ - وفحص سندات الملكية ليس إجبارياً ، فيجوز للقاضي ألا يلجأ إلى هذا الفحص إذا لم يجد داعياً لذلك للتثبت من الحيازة (أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٠ ص ١٩٩ - نقض فرنسي ٦ فبراير سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ١٦٧) . ولكن الفحص يكون مع ذلك إجبارياً إذا لم يكن منه بد للتعرف على الصفات الحقيقية للحيازة ، كما إذا أراد القاضي التثبت من أن حيازة حق ارتفاق لم تكن حيازة عرضية أو حيازة خفية (أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١١ ص ٢١٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٠ ص ١٩٩ - أنسيكلو يدي دالوز ١ لفظ action possessoire فقرة ٣٩ - فقرة ٤٢ - نقض فرنسي ١٧ أكتوبر سنة ١٩٣٣ جازيت دي باليه ١٩٣٣ - ٢ - ٩٠٠ - ١٣ مارس سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥٠ - ٤١٥) . وقد قضت محكمة النقض بالاحرج على القاضي في دعوى الحيازة في أن يستخلص من مستندات الخصوم ، ولو كانت خاصة بالملك ، كل ما كان متعلقاً بالحيازة وصفتها (نقض مدني ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٠ ص ٦٠ - وانظر نقض مدني ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٦ ص ١٣٧ - ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٣ ص ١١٠٩ - ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦ ص ٢٦ . ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٥٨ ص ١١١٢) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كانت المحكمة في دعوى منع التعرض قد حصلت تحصيلاً سائفاً من الأدلة التي ساقها في حكمها ومن المعاينة التي أجرتها بنفسها أن الأرض المتنازع على حيازتها مازالت تستعمل جرنياً عمومياً ، وأنها بذلك تعوض المنافع العامة التي لا يجوز تملكها بوضع اليد ، كان حكمها بعد قبول دعوى الحيازة المرفوعة في شأنها صحيحاً قانوناً . ثم إن تحرى المحكمة من المعاينة ومن المستندات ما إذا كان العقار المرفوع في شأنه دعوى منع التعرض ملكاً عاماً أم لا ، ليس فيه جمع بين دعوى الحيازة والملك ، لأن المقصود هو أن تستبين حقيقة وضع اليد إن كان يخول رفع دعوى الحيازة أم لا ، حتى إذا رأته

كذلك لا يعتبر جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يحكم القاضي في دعوى الحيازة بالإزالة والتسليم^(١) ، أو أن يأمر في دعوى الملكية بإجراءات وقتية للمحافظة على الشيء محل النزاع^(٢) . ويمكن الحكم في دعوى الحيازة بتعويض ، ولكن لا بسبب الحرمان من الانتفاع بالملك فإن هذا محله دعوى الملكية لا دعوى الحيازة . ولكن بسبب الضرر الذي نجم عن أعمال التعرض أو عن اغتصاب المال قهرا^(٣) .

= الأمر واضحا في أن العقار من الملك العام وأن النزاع في شأنه غير جدي قبلت الدفع ، وإلا فصلت في دعوى منع التعرض تاركة للخصوم المنازعة في الملك فيما بعد (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٩ ص ٢٨٠) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم قد أقام قضاءه بمنع التعرض في تطهير مسق وتعميقها على ماثبت لدى المحكمة من تقرير الخبير المعين في الدعوى من أن المدعين يملكون نصف المسق تجاه أرضهم وأن هذا النص يدخل في الأرض المكلفة بأسماهم ، وأن ربههم من المسق يرجع إلى مدة تزيد على سنة سابقة على التعرض فإن استناد هذا الحكم إلى سابقة استعمال المدعين المسق للرى ذلك يكنى لأن يقام عليه القضاء بمنع التعرض ، أما ماجاء عن الملكية فليس إلا من قبيل التزيد (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٢ ص ٧) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم الصادر بمنع التعرض قد قضى بالإزالة والتسليم ، فلا محل للنعي عليه بأنه قد جمع بين دعوى الملكية ودعوى اليد . ذلك لأن الإزالة هي من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض . وذلك بإزالة الأفعال المادية التي أجراها المعرض كتسوير الأرض ووضع أخشاب وإقامة هكل ومسرح وغيرها ، مما يعتبر وجودها في ذاته تعرضاً لحيازة واضح اليد مما تتسع ولاية قاضي الحيازة لمنعه متى قامت لديها أسبابه . وكذلك التسليم ، إذ يعتبر من مستلزمات منع التعرض وإعادة يد الحائز إليه (نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦٤٦ رقم ١٤٧) .

(٢) ولكنه لا يستطيع الفصل في طلب عارض يكون في حقيقته دعوى حيازة ، ولوعن طريق الأمر باتخاذ هذه الإجراءات التحفظية الوقتية (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٩٨ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٢) .

(٣) استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩٥ - ١١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٢٥ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٣٦ - وانظر في بقاء قاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية في القانون الفرنسي بالرغم من صدور دكرينو ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٨ القاضي باختصاص محكمة دعوى الحيازة بالنظر في الدفوع المتعلقة بالملكية : مارتى ورينو فقرة ٢١٠ ،

٣٥٢ - عدم محية الحكم الصادر في دعوى الحيازة بالنسبة إلى دعوى

الملكية : ولا يكون للحكم الصادر في دعوى الحيازة حجية أمام المحكمة التي تنظر دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ، وذلك حتى بالنسبة إلى الحيازة ذاتها . فقاضي موضوع الحق ليس مقيدا بحكم قاضي الحيازة فيما يتعلق بثبوت الأعمال المادية المكونة للحيازة ، أو فيما يتعلق بثبوت الصفات المنسوبة إليها (١) .

على أنه يستثنى أمران مما تقدم : (الأمر الأول) إذا فصل قاضي الحيازة في دعوى الملكية أو في دعوى موضوع الحق بالرغم من عدم اختصاصه ، ولم يكن هناك طريق مفتوح للطعن في هذا الحكم ، فإن الحكم يحوز قوة الأمر المقضي (٢) . (والأمر الثاني) إذا حصل الخصم على حكم من قاضي الحيازة بأنه هو الحائز . كان هذا الحكم حجة بثبوت الحيازة له . فيكون هو المدعى عليه في دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق . ولا يلتزم إذا كان حسن النية برد الثمار إلا من وقت رفع هذه الدعوى الأخيرة (٣) .

§ ٢ - المبررة ما بين الحائز والمالك

٣٥٣ - ظهور أنه الحائز غير مالك : قد يكون الحائز هو المالك ، وهذا هو الغالب . بل قد تكون الحيازة ذاتها هي سبب كسب الحائز للملكية ، كما هو الأمر في الاستيلاء وقد سبق الكلام فيه . وكما هو الأمر في كسب الحائز حسن النية للمنقول وكسبه للثمار وسيأتي الكلام فيهما ، وكما هو الأمر في التقادم فيكسب الحائز الملكية بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير طبقاً للأحكام التي سيرد ذكرها .

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٣ ص ٢٠٢ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ٢١٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٣ ص ٢٠٢ .

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٤ هامش ٢٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣

فقرة ١٩٣ ص ٢٠٢ - أنسكلويدي دالوز ١ لفظ action possessoire فقرة ٤٩ - فقرة ٥٠ .

ولكن قد يظهر أن الحائز هو غير المالك ، وأنه لم يكسب الملكية لابلحيازة ولا بسبب آخر من أسباب كسب الملكية . فعند ذلك إذا رفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز واسترد منه ملكه ، قد يقتضى الأمر أن يسترد الحائز من المالك المصروفات التى قد يكون أنفقها على الشئء عند ما كان فى حيازته ، وقد يقتضى الأمر كذلك أن تتحقق مسئولية الحائز عن هلاك الشئء أو تلفه إذا هلك أو تلف وهو فى حيازته . فتكلم إذن فى مسألتين : (١) استرداد الحائز للمصروفات (١) . (ب) مسئولية الحائز عن الهلاك أو التلف .

١- استرداد الحائز للمصروفات

٣٥٤- **نصوص قانونية :** تنص المادة ٩٨٠ مدنى على ما يأتى :

١ - « على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفق من المصروفات الضرورية » .

٢ - « أما المصروفات النافعة . فيسرى فى شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ » .

٣ - « فإذا كانت المصروفات كمالية . فليس للحائز أن يطالب بشئء منها . ومع ذلك يجوز له أن يتزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشئء إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقيا مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة » .

وتنص المادة ٩٨١ مدنى على ما يأتى :

« إذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق ، وأثبت أنه أدى إلى سلفه ما أنفق من مصروفات ، فإن له أن يطالب بها المسترد » .

وتنص المادة ٩٨٢ مدنى على ما يأتى :

« يجوز للقاضى ، بناء على طلب المالك ، أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين . وله أن يقضى بأن يكون [

(١) أما إذا بنى الحائز أو غرس فى الأرض التى حازها ، وتملك صاحب الأرض البناء أو الغراس بالالتصاق ، فقد بسطنا تفصيلاً الأحكام المتعلقة بذلك وبماذا يرجع الحائز على المالك تعويضاً عما تكلفه من نفقات فى البناء أو الغراس ، وذلك عند الكلام فى الالتصاق ،

الوفاء على أقساط دورية ، بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام ، إذا هو عجل مبلغا يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوصا منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها » (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، فيما عدا المادة ٦٠٥ فقرة ٣ و ٢ / ٧٣١ فقرة ٣ و ٢ من هذا التقنين الأخير ، فإنها تقابل المادة ٩٨٠ / ٢ و ١ من التقنين المدني الجديد (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٨٠ : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٠ - ص ٥٢٢) .

م ٩٨١ : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٢ - ص ٥٢٣) .

م ٩٨٢ : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا العبارة الأخيرة فقد كانت في المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : «وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو وفى مالا توازى فوائده بالسعر القانونى قيمة هذه الأقساط » . وعدلت لجنة المراجعة هذه العبارة إلى ما صارت عليه في التقنين المدني الجديد . فأصبح النص ، تحت رقم ١٠٥٧ في المشروع النهائي ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٣ - ص ٥٢٥) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٦٠٥ فقرة ٢ و ٣ / ٧٣١ فقرة ٢ و ٣ : يكون الحق في حبس العين في الأحوال الآتية : ... (أولاً) ... (ثانياً) للدائن الذى له حق امتياز ، ولمن أوجد تحسناً في العين ويكون حقه من أجل ماصرفه أو ما ترتب على ماصرفه من زيادة القيمة التى حصلت بسبب التحسين على حسب الأحوال . (ثالثاً) لمن صرف على العين مصاريف ضرورية أو مصاريف لصيانتها .

(والتقنين المدني السابق لا يجعل للمصروفات النافعة ، كما جعل التقنين المدني الجديد ، حكم التعويضات المستحقة في نظير التملك بسبب الالتصاق . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد : «أورد المشروع القاعدة في استرداد المصروفات ، وقرر بعض المسائل الهامة في هذا الموضوع كطالبة الحائز للمسترد بالمصروفات التى دفعها إلى مالك أوحائز سابق ، وكالتيسير على المالك في الوفاء بما يجب عليه رده . أما التقنين الحالى (السابق) فقد اقتصر على إيراد القاعدة الأساسية في استرداد المصروفات ، وساقها بطريقة عرضية في صدد الكلام في حق الحبس : (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥٤) .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٣١ - ٩٣٣ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٨٤ - ٩٨٦ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٦٧ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (١) .

• ويخلص من النصوص سالفة الذكر أن المالك ، إذا استرد ملكه من الحائز ، يرد إلى هذا الأخير ما أنفق من المصروفات ، ويختلف ما يرده بحسب ما إذا كانت هذه المصروفات مصروفات ضرورية ، أو مصروفات نافعة ، أو مصروفات كمالية . ويرد المصروفات ، ليس فحسب إلى الحائز الذي أنفقها ، بل أيضا إلى خلف هذا الحائز إذا كان هذا الأخير قد أدى لسلفه ما أنفق من مصروفات . وقد يواجه المالك ، من جراء ذلك ، مسئولية عن مبالغ كبيرة يجب عليه ردها للحائز أو لخلفه ، فأعطاه القانون الحق في أن يطلب من القاضي أن يقرر ما يراه مناسبا للتيسير عليه في الوفاء بهذا الالتزام . فهذه جملة من المسائل نبحثها فيما يلي :

٣٥٥ - المصروفات الضرورية ترد بأكثرها : وقد رأينا (٢) أن المادة

١/ ٩٨٠ مدني تلزم المالك الذي يرد إليه ملكه بأن « يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفق من المصروفات الضرورية » . والمصروفات الضرورية هي المصروفات غير العادية التي يتعين إنفاقها للمحافظة على الشيء فإذا أنفق الحائز مصروفات لترميم العين ترميما ضروريا ، أو دفع ديناً يكفله رهن على العين ، أو أنفق

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٣١ - ٩٣٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٨٤ - ٩٨٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦٧ (توافق م ٩٨٠ مصري ، ولا مقابل في التقنين العراقي لصادق ٩٨١ - ٩٨٢ مصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل . ولكن أنظر م ١٤٢ من تقنين المرجبات والعقود اللبناني : لا يلزم الكاسب بالرد إلا بقدر الكسب الذي يكون له يوم الإدعاء ، مالم يتضمن القانون نصاً على العكس - ويكون الأمر بخلاف ذلك إذا كان الكاسب سبباً في التدمير وقت الكسب ، فعندئذ يصبح مسئولاً عن كل ما كسبه ، أية كانت الحوادث التي تقع بعد ذلك من هلاك أو تفرغ أو تعيب . ويتحمل في هذه الحال جميع المخاطر ، ويلزم برد جميع النتائج التي جناها أو كان يجب أن يجنيها . ولا يحق له إلا المطالبة بالنفقات الضرورية . (٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٥٤ .

مصرفات لإنقاذ الشيء من حريق يوشك أن يلتهمه ولا يدلّه في هذا الحريق ،
فهذه كلها مصرفات ضرورية ، يستردها الحائر بأكملها من المالك ولو كان
الحائر سىء النية ، لأن المالك كان مضطراً لدفعها لو أن الشيء بقى في حيازته .
ويمكن تخريج هذا الحكم على قاعدة الإثراء بلا سبب ، إذ يرجع الحائر على
المالك بأقل القيمتين ، وأقل القيمتين هنا هي المصرفات الضرورية التي أنفقها
الحائر إذ هي بطبيعة الحال أقل من قيمة الشيء نفسه .
ولا تدخل مصرفات الصيانة ولا الضرائب التي دفعها الحائر ضمن
المصرفات الضرورية ، إذ هي مصرفات عادية أنفقها الحائر للانتفاع بالشيء
وقد انتفع به فعلاً .

٣٥٦ - المصرفات النافعة تسرى في شأنها أحكام الانتفاع : وتقضى

المادة ٢/٩٨٠ مدنى ، كما رأينا (١) ، بأن المصرفات النافعة « تسرى في شأنها
أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ » . والمصرفات النافعة مصرفات ينفقها الحائر ،
لا للمحافظة على الشيء أو لإنفاذه من الهلاك ، بل لتحسينه وزيادة قيمته
والإكثار من طرق الانتفاع به . مثل ذلك أن يدخل الإضاءة الكهربائية أو
المياه الجارية أو المجارى فى الدار ، وأن ينشئ المراوى والمصارف فى الأرض
الزراعية . فهذه مصرفات لم يكن يتعين على المالك إنفاقها لو أن العين بقيت
فى حيازته ، ولكنها مصرفات زادت فى قيمة العين وحسنت من الانتفاع به
فهى أقرب ما يكون إلى المنشآت التى يقيمها الشخص فى أرض غيره ، فيتملكها
صاحب الأرض بالالتصاق فى نظير دفع تعويض عن هذه المنشآت . ولذلك
ألحقها القانون فى الحكم بهذه المنشآت ، فتسرى عليها أحكام المادتين ٩٢٤
و ٩٢٥ مدنى ، وهى النصوص التى تتعلق بمن يقيم منشآت فى أرض غيره ،
وقد بينا ما تقضى به هذه النصوص تفصيلاً عند الكلام فى الالتصاق . فنكتفى
هنا بتلخيص هذه الأحكام فى إيجاز ، ونحيل فى التفصيلات إلى ما سبق أن
أوردناه فى هذا الشأن .

فاذا كان الحائر حسن النية ، وأنفق مصرفات نافعة ، فعلى المالك أن يرد
له أقل القيمتين : ما أنفق الحائر فعلاً أو مبلغاً يساوى ما زاد فى قيمة العين

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٥٤ .

بسبب المصروفات . وليس في هذا إلا تطبيق لقواعد الإثراء بلاسبب فالمالك يدفع للحائر ما أنفقه هذا الأخير فعلا وهي القيمة التي افتقر بها ، أو مقدار الزيادة في قيمة العين وهي القيمة التي اغتنى بها المالك ، أيهما أقل (١) .

وإذا كان الحائر سيء النية ، فللمالك الخيار بين طلب إزالة التحسينات التي أحدثها الحائر ، أو استبقاءها . فان طلب إزالتها . وجب أن يكون هذا الطلب في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه المالك بحدوث هذه التحسينات ، وتكون الإزالة على نفقة الحائر مع إلزامه بالتعويض إن كان له وجه . وإن طلب استبقاءها ، وجب عليه أن يدفع للحائر أقل القيمتين : قيمة التحسينات مستحقة الإزالة أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة العين بسبب هذه التحسينات (٢) .

٣٥٧- المصروفات الكمالية لنزود : وتقضى المادة ٣/٩٨٠ مدني ،

كما رأينا (٣) ، بأنه إذا كانت المصروفات كمالية « فليس للحائر أن يطالب بشيء منها . ومع ذلك يجوز له أن يتزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة » . والمصروفات الكمالية هي مصروفات لا تعود بكبير نفع على العين ذاتها ، ولكنها تنفق لتزيين العين وتجميلها على الوجه الذي يريده الحائر لاستمتاعه الشخصي . فدهن الحيطان بالزيت أو توريقها ، ووضع خشب « الباركيه » في أرضية الحجرات . وتوسيع حديقة الدار وإنشاء نافورة مياه فيها ، وترصيف مماشي الأرض الزراعية . وإنارة هذه المماشي بالنور الكهربائي ، وإقامة التماثيل على جانبيها ، كل هذه مصروفات كمالية قصد بها تزيين العين وتجميلها للترفيه . ومن ثم لا يجوز للحائر أن يطالب المالك برد هذه المصروفات . وكل ما يستطيعه هو أن يتزع ما استحدثه من منشآت التزيين والتجميل ، على أن يعيد العين إلى حالتها الأولى على نفقته . وحتى في هذه الحالة ، يجوز للمالك أن يطلب استبقاء هذه المنشآت ، على أن يدفع للحائر قيمتها مستحقة الإزالة .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٠٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٥٤ .

٣٥٨ - رد المصروفات إلى خلف الحائز : وقد رأينا (١) أن المادة

٩٨١ مدني تقضي بأنه « إذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق ، وأثبت أنه أدى إلى سلفه ما أنفق من مصروفات ، فإن له أن يطالب بها المسترد » (٢) . فإذا كان الحائز قد أنفق مصروفات ضرورية أو مصروفات نافعة أو مصروفات كمالية ، ثم نقل العين إلى خلف له ، فأدى هذا الخلف للحائز المصروفات الضرورية بأكملها أو ما يستحق من المصروفات النافعة أو قيمة ما استحدثه الحائز من منشآت كمالية وهي مستحقة الإزالة ، فإن المالك إذا استرد العين من خلف الحائز ، وجب عليه أن يرد لهذا الخلف ما أداه الخلف لسلفه .

ويلاحظ أنه إذا أدى الخلف لسلفه مبالغ أكثر مما كان يحق للسلف أن يطالب به المالك ، فإن المالك لا يرد للخلف إلا المقدار الذي كان يحق للسلف مطالبة به طبقاً للقواعد سالفة الذكر ، وما زاد على هذا المقدار يرجع به الخلف على السلف إن كان هناك وجه للرجوع . وما قلناه في الخلف يسرى في شأن خلف الخلف ، إذا دفع هذا الأخير للخلف مادفعه الخلف للحائز .

٣٥٩ - التيسير على المالك في الوفاء بما يجب عليه رده من المصروفات

وقد رأينا (٣) أن المادة ٩٨٢ مدني تقضي . تيسيراً على المالك ، بأن له أن (١) أنظر آنفاً فقرة ٣٥٤ .

(٢) يقول النص : « إذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق » . وهذا النص مقتبس من المادة ٥٤٧ من مشروع التقنين المدني الإيطالي (الذي أصبح فيما بعد التقنين المدني الإيطالي الجديد) ، وتجري هذه المادة على الوجه الآتي :

Le possesseur peut demander une indemnité même pour les frais prévus aux artiles précédents fait par son auteur ou par le possesseur précédents, s'il établit l'avoir renboursé.

(أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى جزء ٤ ص ٢٥٠ في الهامش) . فالمفروض إذن أن يتلقى شخص الحيازة من سلف غير مالك أو من سلف هذا السلف ، لا من المالك نفسه لأن المالك هو الذى يسترد العين ويرد المصروفات . وعلى هذا الوجه يجب تفسير نص المادة ٩٨١ مدني ، رجوعاً إلى المصدر الذى اقتبست منه . ويؤيد ذلك ماورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الشأن ، فهى تقول : « هذا كله لو كان المالك يسترد العين من الحائز الذى أنفق هذه المصروفات ، أما إذا كان يستردها من خلف لهذا الحائز ، وكان الخلف قد أدى لسلفه ما أنفق من المصروفات ، فإن للخلف أن يطالب المالك بما أداه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٤) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٥٤ .

يطلب من القاضي « أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين ، بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام ، إذا هو عجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوماً منها فوائدّها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها » . وعلى ذلك يجوز للمالك أن يطلب من القاضي ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، « أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء ، كأن ينظره إلى أجل ، أو يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية ، إذا قدم المالك الضمانات اللازمة (١) » .

وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٨٢ مدني يقول في عبارته الأخيرة : « وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو وفى مالا توازى فوائدّه بالسعر القانوني قيمة هذه الأقساط » (٢) . فكان المشروع التمهيدى يقصد إلى أن المالك يجوز له أن يستعوض عن التزامه بتقديم الضمانات اللازمة بتقديم الضمان الأوفى ، وهو أن يقدم مالا يستطيع الحائز أن يسترد من فوائدّه بالسعر القانوني الأقساط المستحقة له ، حتى إذا ما استوفى الأقساط كلها رد المال إلى المالك . ولكن المشروع التمهيدى عدل في لجنة المراجعة ، فأصبحت العبارة الأخيرة من

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٤ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٩٧٠ هامش ١ . - ونص المشروع التمهيدى مقتبس من المادة ٥٤٨

من المشروع الفرنسي الإيطالي ، وتجري على الوجه الآتي :

Sur la demande du débiteur, le juge pourra régler par le moyen qu'il jugera opportun le paiement des indemnités prévues aux articles et établir le remboursement même sous forme d'annuités ou de prestations périodiques avec les garanties nécessaires. Le débiteur peut se libérer de cette obligation en offrant la capital évalué à raison de taux légal d'intérêt.

(أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى جزء ٤ ص ٢٥١ في الهامش) .

واقتراس المشروع التمهيدى من هذا النص جاء غير دقيق فظاهر أن نص المشروع الفرنسي الإيطالي قد قصد إلى أنه يجوز للقاضي أن يجعل الدفع في صورة إيراد سنوي (annuité) ، يستطيع المالك أن يتخلص في أى وقت من الالتزام بدفعه بأن يدفع للحائز رأس مال يقدر على أساس أن يكون هذا الإيراد السنوي هو الفائدة بالسعر القانوني لرأس المال الواجب رده . فيكون الالتزام الذى يجوز التخلص منه بدفع رأس المال ليس هو الالتزام بتقديم الضمانات كما جاء في المشروع التمهيدى ، وليس هو الالتزام برد المصروفات كما قررت لجنة المراجعة ، بل هو الالتزام بدفع الإيراد السنوي . وكان الأفضل استبقاء الحكم كما ورد في المشروع الفرنسي الإيطالي ، لا كما اقتبس في المشروع التمهيدى ، ولا كما عدل في لجنة المراجعة .

المادة ٩٨٢ مدني تجرى على الوجه الآتي : « وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام ، إذا هو عجل مبلغا يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها » . فتغير معنى النص بهذا التعديل تغيرا جوهريا . وأصبح الالتزام الذي يتحلل منه المالك ليس هو الالتزام بتقديم الضمانات اللازمة ، بل الالتزام برد المصروفات . وأصبح المالك يستطيع أن يتحلل من هذا الالتزام الأخير بتعجيل مبلغ يوازي قيمة ما يتبقى في ذمته من الأقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها . فاذا قسط القاضي على المالك المبلغ الذي يجب عليه دفعه للحائر أقساطا سنوية خمسة مثلا مع تقديم الضمانات اللازمة ، ودفع المالك للحائر القسطين الأولين في ميعادهما ، ورأى المالك بعد ذلك أنه يستطيع أن يوفي الحائر الأقساط الثلاثة الباقية فورا ، فإن القانون يبيح له في هذه الحالة أن يعجل للحائر مبلغاً يوازي قيمة الأقساط الثلاثة الباقية ، مخصوما منه الفوائد بالسعر القانوني لغاية ميعاد استحقاق كل قسط منها ، وذلك في نظير التعجيل بالوفاء قبل ميعاد الاستحقاق (١) .

ب - مسؤولية الحائر عنه هلاك العين أو تلفها

٣٦٠ - نصوصي قانونية : تنص المادة ٩٨٣ مدني على ما يأتي :

١ - « إذا كان الحائر حسن النية وانتفع بالشئ وفقا لما يحسبه من حقه ، فلا يكون مسئولاً قبل من هو ملزم برد الشئ إليه عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع » .

(١) ولاشك في أن التعديل الذي أجرته لجنة المراجعة في نص المشروع التهيدى يجعل الحكم أقل غرابة مما كان في المشروع . فإن المشروع كان يقضى بجواز التحلل من الالتزام بتقديم الضمانات اللازمة عن طريق تعجيل مبلغ جسيم تكفى فوائده بالسعر القانوني للوفاء بالأقساط المستحقة في ذمة المالك . فاذا كان المالك عاجزاً عن دفع المبلغ المطلوب فوراً ومن أجل ذلك طلب من القاضي التيسير عليه في الدفع مع تقديم الضمانات اللازمة ، فكيف يتسنى له أن يدفع فوراً ، بدلا من تقديم هذه الضمانات ، مبلغاً أكبر بكثير من المبلغ الذي أعلن أنه عاجز عن دفعه في الحال إذ أن فوائد المبلغ الأول محسوبة بالسعر القانوني تكفى وحدها للوفاء بجميع الأقساط .

٢ - « ولا يكون الحائر مسئولاً عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف ، إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف » .

وتنص المادة ٩٨٤ مدني على ما يأتي :

« إذا كان الحائر سبب النية ، فانه يكون مسئولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث فجائي ، إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه » (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق . ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٣٤ - ٩٣٥ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٨٧ - ٩٨٨ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٦٨ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٨٣ : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا فروقاً لفظية طفيفة . وأدخلت لجنة المراجعة بعض تعديلات لفظية جعلت النص ، تحت رقم ١٠٤٨ في المشروع مطابقاً كل المطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٦ - ص ٥٢٧) .

م ٩٨٤ : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٨ - ص ٥٢٩) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٣٤ - ٩٣٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٨٧ - ٩٨٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦٨ (تطابق م ٩٨٤ مصرى - ولا مقابل في التقنين العراقي للمادة ٩٨٣ مصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (ولكن أنظر م ١٤٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني آنفاً فقرة ٣٥٤ في الهامش : وهذا النص يلزم الحائر سبب النية بأن يتحمل جميع المخاطر فيتحمل تبعه الهلاك ، وعلى ذلك لا يتحمل الحائر حسن النية هذه التبعة) .

ويخلص من النصوص سالفة الذكر أنه ، في مسئولية الحائر عن هلاك الشيء أو تلفه ، يجب التمييز بين ما إذا كان الحائر حسن النية فلا يتحمل تبعه هلاك الشيء ، وما إذا كان سيئ النية فيتحمل هذه التبعة .

٣٦١ - مسئولية الحائر حسن النية : إذا كان الحائر حسن النية ، ويعتقد

أن الشيء مملوك له ، فانه ينتفع به كما ينتفع المالك بملكه . فله أن يستعمله ، وأن يستغله . فاذا نقصت قيمة الشيء بسبب الاستعمال أو الاستغلال ، لم يكن مسئولاً قبل المالك عن نقص القيمة . وإذا جنى ثماره ، فانه يملكها بالقبض ، ولا يكون مسئولاً عن ردها للمالك كما سيأتى . وبالجملية لا يكون مسئولاً قبل المالك عن أى تعويض بسبب انتفاعه بالشيء على الوجه المتقدم الذكر . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٩٨٣ مدنى ، كما رأينا (١) . فى هذا الصدد : « إذا كان الحائر حسن النية وانتفع بالشيء وفقاً لما يحسبه من حقه . فلا يكون مسئولاً قبل من هو ملزم برد الشيء إليه عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع . » أما إذا استهلك الحائر الشيء أو هلك الشيء بخطأه . فالواجب تطبيق القواعد العامة ، ويكون الحائر مسئولاً عن التعويض (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٠ .

(٢) وقد طبقت القواعد العامة فى أحوال ثلاث مماثلة لحالة الحائر : (الحالة الأولى) حالة دفع غير المستحق ، وقد قررنا فى صدها ما يأتى : «تنص المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى - وقد حذفت عند المراجعة - على ما يأتى : فاذا ضاع هذا الشيء أو تلف بسبب أجنبى التزم برد قيمته وقت الضياع أو التلف إذا كان قد تسلمه وهو سيئ النية ، وذلك دون إخلال بحق من سلم هذا الشيء فى استرداده ولواتافاً ، مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف . . ويتبين من مفهوم المخالفة فى المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى . أن المدفوع له إذا كان حسن النية لا يكون مسئولاً عن هلاك العين أو تلفها أو ضياعها إلا إذا كان ذلك قد وقع بخطأ منه ، وعلى الدافع إثبات هذا الخطأ» (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٨٣٩) . (الحالة الثانية) حالة تقرير بطلان العقد وما يترتب على ذلك من وجوب الرد ، وقد قررنا فى هذا الصدد ما يأتى : «أما إذا أصبح الاسترداد مستحيلاً ، بأن هلك المبيع مثلاً فى يد المشتري وبخطأ منه ، حكم القاضى بتعويض معادل . فالزم المشتري برد قيمة المبيع وقت الهلاك طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية لأعلى أساس العقد الذى تقرر بطلانه ، وألزم البائع برد الثمن على أساس دفع غير المستحق» (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٣٣٧) . (الحالة الثالثة) حالة فسخ العقد وما يترتب على الفسخ من وجوب الرد ، وقد قررنا فى هذا الصدد ما يأتى : «وإذا هلك المبيع وكان المشتري هو الذى يطالب بالفسخ ، لم يجب إلى طلبه إذتتذر عليه إعادة الشيء إلى أصله كما قدمنا . أما إذا كان البائع -

بقي فرض ما إذا كان الشيء قد هلك بسبب أجنبي ، أى بغير خطأ الحائز .
وقد تكفلت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٣ مدني ببيان الحكم في هذا الفرض ،
فقالت كما رأينا (١) : « ولا يكون الحائز مسئولاً عما يصيب الشيء من هلاك
أو تلف ، إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف » .
وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « إذا هلك
الشيء في يد الحائز حسن النية . فلا يكون مسئولاً عنه ما دام أنه كان يستغله
وفقاً لما يحسب أنه حق له ، ولا يرد للمالك إلا ما عاد عليه من فائدة بسبب
هذا الهلاك أو التلف من مبلغ تأمين أو تعويض . ويتصل بهذا الحكم حكم
من تسلم شيئاً وهو حسن النية وتصرف فيه بعوض ، فيجب أن يرد ما قبضه
من عوض » (٢) . فالقاعدة العامة هي إذن ، في فرض ما إذا هلك الشيء في
يد الحائز حسن النية بسبب أجنبي ، ألا يكون الحائز مسئولاً عن الهلاك ،
إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة بسبب هذا الهلاك (٣) .

— هو الذى يطالب بالفسخ وهلك المبيع في يد المشتري ، فإن كان الهلاك بخطأ المشتري حكم عليه
بالتعويض ، وقد نصت المادة ١٦٠ بأنه إذا بالاستعمال الرد حكم بالتعويض » (الوسيط جزء
أول طبعة ثانية فقرة ٤٧٨ ص ٨٠٤) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٨ .

(٣) وقد طبقت هذه القاعدة العامة في الأحوال الثلاث التى سبق أن استعرضناها في فرض
ما إذا كان الهلاك بخطأ الحائز . (فى الحالة الأولى) وهى حالة دفع غير المستحق ، قررنا ما يأتى :
« أما إذا كان (المدفوع له) قد انتفع بالمعين الانتفاع العادى ، وفقاً لما يحسبه من حقه ، وهلك
المعين أو تلفت أو ضاعت (بسبب أجنبي) ، فلا يكون مسئولاً إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة .
ترتبت على هذا الهلاك أو التلف أو الضياع ، كما إذا انتفع بأنقاض منزل في بناء منزل آخر ،
أو حول سيارة ركوب إلى سيارة نقل للبضائع ، أو ذبح ماشية وانتفع بلحمها . وللدافع
في جميع الأحوال أن يسترد الشيء التالف في الصورة التى آل إليها بعد التلف ، دون أن
يتقاضى تعويضاً عن التلف مادام هذا التلف لم يقع بخطأ المدفوع له كما مر بنا . أما إذا كانت
المعين قد خرجت من يد المدفوع له إلى يد أخرى ، فقد نصت المادة ٢٥٧ من المشروع التمهيدى -
وهذه حذفت أيضاً عند المراجعة - على ما يأتى : ١ - من تسلم وهو حسن النية الشيء « المعين
بالذات وتصرف فيه بعوض قبل أن يعلم أنه ملزم برده ، وجب عليه أن يرد ما قبضه من
عوض أو أن يحول حقه في المطالبة بهذا العوض . ٢ - فإذا كان قد تصرف بغير عوض ،
فلا يلتزم أن يرد شيئاً ، ولكن يلتزم من صدر له هذا التبرع بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثرى به
قبل من سلم الشيء غير المستحق - وإذا أغفلنا من هذا النص العبارة الأخرى من الفقرة الثانية ، -

٣٦٢ - مسؤولية الحائز سئء النية : وإذا كان الحائز سئء النية ، فإنه يكون مسئولاً قبل المالك عن استعمال الشيء واستغلاله ، فإذا نقصت قيمة الشيء بسبب الاستعمال أو الاستغلال ، وجب عليه التعويض . وإذا جنى ثمار الشيء ، فإنه يلتزم بردها إلى المالك كما سيجيء .

ويكون الحائز سئء النية مسئولاً عن هلاك الشيء ، سواء هلك الشيء بخطأه أو بسبب أجنبي . أما مسئوليته فيما إذا هلك الشيء بخطأه ، فترجع إلى هذا الخطأ . وأما مسئوليته فيما إذا هلك الشيء بسبب أجنبي وبغير خطأه ، فترجع إلى أنه سئء النية في حيازته للشيء . وقد نصت المادة ٩٨٤ مدني ضراحة على هذا الحكم ، إذ تقول كما رأينا (١) : « إذا كان الحائز سئء النية . فإنه يكون مسئولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ، ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث فجائي ، إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه » . ويحسن أن يوضع إلى جانب هذا النص نص المادة ٢٠٧ مدني ،

= لم يكن النص فيما بقي منه إلا تطبيقاً للقواعد العامة . ويتبين من ذلك أن المدفوع له حسن النية إذا تصرف في العين معاوضة لم يكن مسئولاً قبل الدافع إلا بقدر ما أخذ من عوض ، فيرد للدافع ما قبض من ذلك أو يحول له حقه في الخطأ به . وإذا تصرف في العين تبرعاً ، لم يكن مسئولاً عن شيء قبل الدافع » (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٨٣٩ ص ١٣٦٧ وفقرة ٨٤٠ ص ١٣٦٧ - ص ١٣٦٨) . (وفي الحالة الثانية) وهي حالة تقرير بطلان العقد وما يترتب على ذلك وجوب الرد ، قررنا ما يأتي : « أما إذا هلك المبيع في يد المشتري بقوة هامة ، فلما كان البائع إنما يرجع على المشتري طبقاً لأحكام دفع غير المستحق كما قدمنا ، كان الواجب في هذه الحالة تطبيق هذه الأحكام . وهي تقضي . . بأن المشتري إذا كان حسن النية ، أي يعتقد أنه تسلم ما هو مستحق له ، فلا يكون مسئولاً إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هلاك العين ، وللبائع في جميع الأحوال أن يسترد المبيع التالف في الصورة التي آلت إليها بعد التلف ، دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف » (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٣٣٧ ص ٥٨٨ هامش ٤) . (وفي الحالة الثالثة) وهي حالة فسخ العقد وما يترتب على الفسخ من وجوب الرد ، قررنا ما يأتي : « فإذا كان المالك بسبب أجنبي ، وطبقت قواعد دفع غير المستحق في هذه الحالة كما طبقناها في حالة البطلان ، وجب القول بأن المشتري وقت أن تسلم المبيع ، والعقد قائم لم يفسخ ، كان حسن النية . فلا يكون مسئولاً عن هلاك المبيع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ، كما إذا انتفع بأنقاض منزل في بناء منزل آخر . وللبائع أن يسترد الشيء التالف في الصورة التي آلت إليها ، دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف » (الوسيط جزء أول

طبعة ثانية فقرة ٤٧٨ ص ٨٠٤ - ص ٨٠٥)

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٠

ونص المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى ، وقد حذفت فى لجنة المراجعة «تجنباً للتفصيلات» . أما المادة ٢٠٧ مدنى فتتضمن على أنه « ١ - إذا التزم المدين أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يقدّم بتسليمه بعد أن أعذر ، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن . ٢ - ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ولو أعذر ، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه ، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعه الحوادث المفاجئة . ٣ - على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ، فإن تبعه الهلاك تقع على السارق » . وكانت المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : « فاذا ضاع هذا الشيء أو تلف ، التزم (المدفوع له) برد قيمته وقت الضياع أو التلف إذا كان قد تسلمه وهو سىء النية ، وذلك دون إخلال بحق من سلم هذا الشيء فى استرداده ولو تالفاً مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف » (١) . وقد قربت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بين هذه النصوص الثلاثة - المادة ٩٨٤ مدنى والمادة ٢٠٧ مدنى والمادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى - واستخلصت من هذا التقريب ما يأتى : « إذا كان الحائز سىء النية ، وهلك الشيء فى يده ولو بسبب أجنبى ، فإن الحيازة مع سوء النية تعتبر خطأً كافياً لجعله مسئولاً عن هلاك الشيء . ويلاحظ وجوب تقريب المادة ٢٥٦ (من المشروع التمهيدى) من المادة ١٣٤٦ (من المشروع التمهيدى) وقد أصبحت المادة ٩٨٤ مدنى ، فهما تعرضان لمسألة واحدة . ومن مجموع هذين النصين يستخلص أن الحائز السىء النية يلتزم برد قيمة الشيء وقت الهلاك أو الضياع أو التلف ، وذلك دون إخلال بحق المالك فى استرداد الشيء ولو تالفاً مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف . على أن الحائز لا يكون مسئولاً ، إذا هو أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف حتى لو كان باقياً فى يده من يستحقه ، شأنه فى ذلك شأن المدين بتسليم شيء إذا كان قد أعذر . (م ٢/٢٨٤ من المشروع التمهيدى وقد أصبحت المادة ٢/٢٠٧ مدنى ٢) . على أن الحائز إذا كان قد سرق الشيء يكون مسئولاً عن هلاكه ، حتى إذا تبين أنه كان يهلك أيضاً لو بقى فى يد المالك

(١) - أنظر آنفاً فقرة ٣٦١ - وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٧ فى الهامش .

(م ٣/٢٨٤ من المشروع التمهيدى وقد أصبحت المادة ٣/٢٠٧ مدنى) ، (١) .

فالقاعدة إذن أن الحائر السىء النية يكون مسئولاً عن هلاك الشىء ولو كان الهلاك بسبب أجنبى ، فيرد للمالك قيمة الشىء وقت الهلاك ، وذلك دون إخلال بحق المالك فى استرداد الشىء ولو تالفا مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف . ولا يكون الحائر السىء النية مسئولاً عن هلاك الشىء بسبب أجنبى ، إذا هو أثبت أن الشىء كان يهلك حتى لو كان باقياً فى يد المالك . وذلك ما لم يكن الحائر قد سرق الشىء ، فانه يكون مسئولاً عن هلاكه ولو كان الهلاك بسبب أجنبى ، ولو أثبت الحائر أن الشىء كان يهلك حتى لو كان باقياً فى يد المالك (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التمهيدية ٦ ص ٥٢٨ - ص ٥٢٩ .

(٢) وهذه القواعد قد طبقت فى الأحوال الثلاث التى سبق استعراضها . (فى الحالة الأولى) وهى حالة دفع غير المستحق ، قررنا ما يأتى : « وإذا هلك العين أو تلفت أو ضاعت فى يد المدفوع له سىء النية ، التزم برد قيمتها وقت الهلاك أو التلف أو الضياع ، وذلك دون إخلال بحق الدافع فى استرداد العين تالفة مع التعويض عن التلف (م ٢٥٦ المحذوفة من المشروع التمهيدى) . وقد قضت المادة ٩٨٤ التى تقرر القاعدة العامة فى هذه المسألة بالحكم الآتى : إذا كان الحائر سىء النية ، فانه يكون مسئولاً عن هلاك الشىء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ ، إلا إذا ثبت أن الشىء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد من يستحقه . ويتبين من ذلك أن المدفوع له سىء النية يكون مسئولاً عن هلاك العين ولو كان الهلاك بقوة قاهرة ، ولا يعفيه من المسؤولية إلا أن يثبت أن الشىء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد البائع - قارن مسئولية السارق ، فإن الشىء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ، حتى لو ثبت أن الشىء كان يهلك لوبق فى يد مالكة ، فإن تبعة الهلاك تقع على السارق فى جميع الأحوال (م ٣/٢٠٧ مدنى) . وهذا بخلاف المدفوع له حسن النية ، فهو لا يسأل كما رأينا عن هلاك العين إلا إذا وقع الهلاك بخطئه ، وعلى الدافع أن يثبت هذا الخطأ . وإذا خرجت العين من يد المدفوع له سىء النية ، فقد نصت المادة ٢٥٨ المحذوفة من المشروع التمهيدى على ما يأتى : ١ - من تسلم ولو بحسن نية الشىء المعين بالذات وتصرف فيه بعرض بعد أن حلم أنه ملتزم برده ، وجب عليه أن يرده عيناً أو أن يرد قيمته وقت رفع الدعوى . حل أنه يجوز لمن تسلم هذا الشىء أن يطلب من تصرف فيه بما قبضه من عرض أو بآن يحل محله فى المطالبة بهذا العرض . ٢ - فإذا كان من تسلم الشىء قد تصرف فيه بغير عرض ولم يتم برده عيناً ، التزم من صدر له هذا التبرع بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثرى به قبل من سلم الشىء غير المستحق - والفقرة الثانية من هذا النص لا تتفق مع القواعد العامة كما قدمنا ، فيجب إغفالها مادامت قد حذفت من المشروع التمهيدى . وتبقى الفقرة الأولى وهى تطبيق للقواعد العامة . ويتبين منها أن المدفوع له سىء النية ، إذا »

الفرع الثاني

الحيازة باعتبارها سببا لكسب الملكية

٣٦٣- متى تكون الحيازة سببا لكسب الملكية : بعد أن فرغنا من الكلام في الحيازة بوجه عام ، ننتقل إلى الكلام فيها باعتبارها سببا لكسب الملكية ، وهي على هذا الاعتبار تدخل ضمن أسباب كسب الملكية التي هي موضوع البحث .

وقد قدمنا أن الحيازة إذا وقعت على منقول لا مالك له . كان هذا استيلاء يكسب الحائز ملكية المنقول . وقد سبق الكلام في الاستيلاء تفصيلا ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك .

أما إذا وقعت الحيازة على شيء له مالك ، فإنها تكسب الحائز ملكية هذا الشيء ، إما بالتقادم الطويل في العقار والمنقول ، أو بالتقادم القصير في العقار وحده ، أو بمجرد الحيازة في المنقول وحده ، أو بالقبض في تملك الثمار .

٣٦٤- التمييز بين الحيازة بسوء نية والحيازة بحسن نية : ويجب . في الحيازة باعتبارها سببا لكسب الملكية ، التمييز بين الحيازة بسوء نية والحيازة بحسن نية .

تصرف في العين معاوضة ، كان ملزماً قبل الدافع برد العين إليه ، ويتم ذلك بانتزاعها من الغير الذي تصرف له . فإن عجز عن ذلك ، كان الدافع مخيراً بين قيمة العين والعوض الذي أعطى فيها . أما إذا تصرف المدفوع له تبرعاً ، فلا يبقى أمام الدافع إلا استرداد العين ذاتها إذا كان ذلك ممكناً أو الرجوع بقيمتها على المدفوع له (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٨٤٤ وفقرة ٨٤٥ ص ١٣٧٢) . (وفي الحالة الثانية) وهي حالة تقرير بطلان العقد وما يترتب على ذلك من وجوب الرد ، قررنا ما يأتي : « أما إذا كان المشتري سيء النية ، أي يعلم أنه تسلم شيئاً غير مستحق له ، التزم برد قيمة المبيع وقت الهلاك ، ولا يعفيه من هذه المسؤولية إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك ولو كان في يد البائع (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٣٣٧ ص ٥٨٨ هامش ٤) . (وفي الحالة الثالثة) وهي حالة فسخ العقد وما يترتب على الفسخ من وجوب الرد ، قررنا ما يأتي : « وإذا استبق المشتري المبيع في يده بعد فسخ البيع ولم يقبل رده فلصيح سيء النية ، ثم هلك المبيع بسبب أجنبي ، وجب على المشتري أن يرد للبائع قيمة المبيع وقت الهلاك ، إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك حتى لو كان قد رد إلى البائع وقت الفسخ (م ٩٨٤ مدني) . وهذا هو الحكم في استرداد ما دفع دون حق إذا هلك في يد من تسلمه وهو سيء النية » (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٤٧٨ ص ٨٠٥ هامش ١) .

فالحيازة بسوء نية تكون سببا لكسب الملكية ، في العقار والمنقول على السواء ، بالتقادم الطويل .

والحيازة بحسن نية تكون سببا : (١) لكسب ملكية العقار ، بالتقادم القصير . (٢) ولكسب ملكية المنقول ، بمجرد الحيازة إذ أن الحيازة في المنقول سند الملكية . (٣) ولكسب ملكية الثمار ، بمجرد قبضها أى حيازتها (١) .
فنستعرض في مبحثين الحيازة بسوء نية ، والحيازة بحسن نية ، باعتبار أن كلا منهما سبب لكسب الملكية .

المبحث الأول

الحيازة بسوء نية باعتبارها سببا لكسب الملكية
(التقادم المكسب الطويل في العقار والمنقول)

٣٦٥ - التقادم المكسب والتقادم المسقط والفروق بينهما : قدمنا ، عند الكلام في التقادم المسقط في أسباب انقضاء الالتزام (٢) ، أن الفروق ما بين التقادم المكسب (prescription acquisitive, usucapion) والتقادم المسقط (prescription extinctive) فروق واضحة . فالتقادم المسقط يقضى الحقوق الشخصية والحقوق العينية (فيما عدا حق الملكية) على السواء ، إذ لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة . أما التقادم المكسب ، ونقترن به الحيازة دائماً ، فيكسب الحائز ما حازه من حقوق عينية - دون الحقوق الشخصية - بعد أن تستمر حيازته لها مدة معينة . والتقادم المسقط لا يتمسك به إلا عن طريق الدفع ، فاذا رفع صاحب الحق الذي سقط بالتقادم دعواه أمكن المدعى عليه أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم المسقط . أما التقادم المكسب فيتمسك به عن طريق الدفع وعن طريق الدعوى على السواء ، فللحائز أن يدفع دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «والحيازة من حيث الآثار التي تترتب عليها تصلح قرينة على الملكية كما تقدم . وتكسب الملكية فعلا بالتقادم الطويل ، في العقار والمنقول . فإن اقترنت بحسن النية واستندت إلى سبب صحيح ، فإنها تكسب ملكية العقار بالتقادم القصير وملكية المنقول في الحال ، ويملك الحائز في كل الفروض ثمار العين إذا كان حسن النية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٧) .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٥٩١ .

المالك بالتقادم المكسب ، كما أن له إذا انتزعت منه الحيازة أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز الجديد ويتمسك قبله بالتقادم للكسب .

ثم إن التقادم المكسب يعتد فيه بحسن النية ، إذ الحائز حسن النية يملك الحق في مدة أقصر من المدة التي يملكه فيها الحائز سيء النية . أما في التقادم المسقط فلا يعتد بحسن النية ، والمدة التي يحددها القانون لسقوط الحق تقصر أو تطول تبعاً لطبيعة هذا الحق ، لا تبعاً لثبوت حسن النية أو انتفائه .

٣٦٦ - القواعد المشتركة فيما بين التقادم المكسب والتقادم المسقط -

نص قانوني : تنص المادة ٩٧٣ مدني على ما يأتي :

« تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ، ووقف التقادم وانقطاعه ، والتمسك به أمام القضاء . والتنازل عنه . والاتفاق على تعديل المدة ، وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب ، ومع مراعاة الأحكام الآتية » (١) .

ويخلص من النص سالف الذكر أنه ، بالرغم من أن هناك فروقا واضحة بين التقادم المكسب والتقادم المسقط أجملناها فيما تقدم . توجد مع ذلك قواعد مشتركة كثيرة تجمع ما بين النوعين من التقادم . وسنبين تفصيلاً فيما يلي هذه القواعد المشتركة . ونحسبنا هنا أن نجملها فيما يأتي :

١ - حساب المدة : ويدخل في ذلك بدء سريان التقادم . وقد ورد في هذا الشأن في التقادم المسقط المادتان ٣٨٠ و ٣٨١ مدني . وهما يسريان على

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٤ - ص ٥٠٥) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٢٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٧٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦٢ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

التقادم المكسب فيما لا تتعارض فيه مع طبيعة هذا التقادم . أما المادة ٣٨٠ مدني فلا تتعارض في شيء مع طبيعة التقادم المكسب ، ومن ثم تسري عليه ، وهي تنص على أن « تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها » . وأما المادة ٣٨١ مدني وهي الخاصة ببدء سريان التقادم المسقط ، ففي عدم تعارضها مع طبيعة التقادم المكسب تفصيل سنينه في مكانه .

٢ - وقف التقادم وانقطاعه : ففيما يتعلق بوقف التقادم ، ورد في التقادم المسقط المادة ١/٣٨٢ مدني ، وهي تسري على التقادم المكسب أيضا ، وتجري على الوجه الآتي : « لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبيا . وكذلك لا يسري التقادم فيما بين الأصيل والنائب » . أما المادة ٢/٣٨٢ مدني ، وهي أيضا متعلقة بوقف التقادم المسقط ، فتجري على الوجه الآتي : « ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق كل من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا » . ويؤخذ من هذا النص أن التقادم المسقط لا يوقف ، ولو وجد سبب لوقفه ، إذا كانت مدته لا تزيد على خمس سنوات . أما التقادم المكسب ، ففي وجد سبب لوقفه فإنه يوقف ، حتى لو لم تزد مدته على خمس سنوات كما هو الأمر في التقادم المكسب القصير . وقد نصت المادة ٩٧٤ مدني على ذلك صراحة ، إذ تقول : « أيا كانت مدة التقادم المكسب ، فإنه يقف متى وجد سبب لوقفه » ، وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلا في مكانها . وفيما يتعلق بانقطاع التقادم ، ورد في التقادم المسقط المواد ٣٨٣ - ٣٨٥ مدني تبين أن هذا التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية وما في حكمها وباقرار المدين بحق الدائن ، وتذكر حكم انقطاع التقادم وأن تقادما جديدا يبدأ ساريا من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع . وكل هذه الأحكام تسري على التقادم المكسب ، ويزيد التقادم المكسب سببا آخر للانقطاع يستعصى على طبيعة التقادم المسقط ، هو تخلي الحائز عن الحيازة أو فقدها ولو يفعل الغير (م ٩٧٥ مدني) . وسيأتي بيان ذلك تفصيلا في المكان المناسب .

٣ - التمسك بالتقادم أمام القضاء : وقد ورد في هذا الشأن في التقادم المسقط المادة ٣٨٧ مدني ، وتوجب على ذي الشأن أن يتمسك بالتقادم المسقط أمام القضاء ، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بهذا التقادم من تلقاء نفسها . وهذا النص لا يتعارض مع طبيعة التقادم المكسب ، ومن ثم يسرى عليه ، وسيأتي تفصيل ذلك في مكانه .

٤ - التنازل عن التقادم والاتفاق على تعديل المدة : وقد ورد في هذا الشأن في التقادم المسقط المادة ٣٨٨ مدني ، وهي تقضي بأنه لا يجوز التزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون . ولما كان هذا النص لا يتعارض مع طبيعة التقادم المكسب ، فإنه يسرى عليه ، وسنبين ذلك تفصيلاً في المكان المناسب (١) .

٣٦٧ - **الاعتبارات العملية التي قام عليها التقادم المكسب** : قدمنا في التقادم المسقط (٢) أن هذا النوع من التقادم يرتكز على اعتبارات عملية تقوم على استقرار التعامل ، ويكفي أن نتصور مجتمعاً لم يدخل التقادم في نظمه القانونية لندرك إلى أي حد يترعزع فيه التعامل وتحل الفوضى محل الاستقرار . فإذا كان للدائن أن يطالب مدينه بالدين مهما طاللت المدة التي مضت على استحقاقه ، وكان على المدين أن يثبت براءة ذمته من الدين بعد أن يكون قد وفاه فعلاً وحصل على مخالصة به . أليس من الإرهاق أن يكلف المدين بالمحافظة على هذه المخالصة إلى وقت لا نهاية له حتى يستطيع إبرازها في أي وقت شاء الدائن أن يطالبه فيه بالدين . أليس واجباً لاستقرار التعامل أن يفترض في الدائن الذي سكت مدة طويلة عن المطالبة بدينه أنه قد استوفاه ،

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فيما نحن بصدده : «قواعد التقادم المكسب هي نفس قواعد التقادم المسقط فيما يتعلق باحتساب المدة ، وفيما يتعلق بوقف التقادم إلا أن التقادم المكسب يوقف أياً كانت مدته أما التقادم المسقط فلا يوقف إذا كانت مدته لا تزيد على خمس سنوات . . . وفيما يتعلق بانقطاع التقادم ، إلا أن التقادم المكسب ينقطع انقطاعاً طبيعياً إذا فقد الحائز الحيابة ولم يستردها أو يرفع الدعوى باستردادها في خلال سنة ، ولا يتصور هذا الانقطاع الطبيعي في التقادم المسقط ، وفيما يتعلق بالتمسك به أمام القضاء وجواز التنازل عنه والاتفاق على تعديل مدته» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٧ - ص ٥٠٨) .

(٢) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٥٩٢ .

أو في القليل قد أبرأ ذمة المدين منه بعد هذا السكوت الطويل ؟ فالتقادم المسقط لا يقوم على قرينة الوفاء ، أكثر مما يقوم على وجوب احترام الأوضاع المستقرة التي مضى عليها من الزمن ما يكفي للاطمئنان إليها وإحاطتها بسياج من الثقة المشروعة . ولا بد من تحديد وقت ما إذا انقضى لا يستطيع الدائن أن يطالب بالدين ، وإلا ظلت الناس يطالب بعضهم بعضا بديون مضت عليها أجيال طويلة . والمشرع يختار مدة لا يكون من شأنها إرهاب المدين بجعله معرضا للمطالبة وقتا أطول مما يجب ، ولا مباغته الدائن باسقاط حقه في وقت أقصر مما يجب . وقد اختار المشرع المصري خمسة عشر عاما ، وهي المدة التي لا يجوز بعدها سماع الدعوى في الفقه الإسلامي . فإذا انقضت المدة التي يتم بها التقادم ، وادعى المدين براءة ذمته ، وأصر الدائن على المطالبة بالدين ، فالأولى بالرعاية هو المدين لا الدائن . ذلك أن الدائن إذا لم يكن قد استوفى حقه فعلا ، ولم يكن قد أبرأ ذمة المدين من الدين بسكوته عن المطالبة به هذه المدة الطويلة ، فلا أقل من أنه قد أهمل إهمالا لا عذر له فيه بسكوته حقبة طويلة من الدهر ثم مباغته المدين بعد ذلك بالمطالبة . وبين مدين اطمأن إلى وضع ظاهر مستقر ، ودائن أقل ما يؤخذ به الإهمال الذي لا مبرر له ، المدين دون ريب هو الأولى بالرعاية .

هذا فيما يتعلق بالتقادم المسقط والاعتبارات العملية التي قام عليها هذا النوع من التقادم . أما فيما يتعلق بالتقادم المكسب ، وبأنه يقوم هو الآخر على اعتبارات عملية لا تقل في الأهمية عن تلك التي قام عليها التقادم المسقط ، ففي البلاد التي لا يوجد فيها سجل عيني يكون القيد فيه ذا دلالة مطلقة على الملكية والحقوق العينية الأخرى ، يصبح التقادم المكسب ضرورة لا مندوحة عنها في إثبات هذه الحقوق . ذلك بأنه لو اعتمدنا في إثبات الملكية على انتقالها من مالك إلى آخر ، لوجب إثبات أن من تلقى الملكية تلقاها من مالك ، وأن هذا قد تلقاها من مالك قبله ، وهذا أيضا تلقاها من مالك عن مالك عن مالك ، إلى ما لا نهاية . وهذا دليل يتعذر تقديمه ، وإذا لم يكن هناك سجل عيني يكون القيد فيه هو الدليل المطلق على الملكية ، فلا بد من الوقوف عند حد زمني إذا أثبت الشخص أنه حاز في خلاله العين دون انقطاع فإنه يكون بذلك قد قدم الدلائل على ملكيته للعين بحيازتها طوال هذه المدة ، وهذا هو التقادم المكسب .

فالتقادم المكسب إذن هو أهم دليل من الناحية العملية على الملكية والحقوق العينية الأخرى ، وبه يستقر التعامل ويأمن من يتعامل مع حائز العين أنه يتعامل مع شخص يستطيع أن يثبت أنه هو المالك (١) . ويكفى في ذلك أن يكون الحائز للعين قد بقى حائزا لها المدة الواجبة للتملك بالتقادم المكسب ، وهي في الغالب خمس عشرة سنة .

وإلى جانب أن التقادم المكسب يقوم دليلا عمليا على الملكية ، يوجد لهذا النوع من التقادم مهمة اجتماعية أخرى . فبفضله يصبح الوضع الفعلي مطابقا للوضع القانوني ، ويصبح من يحوز العين مدة معينة هو المالك لها ولو لم يكن مالكا من قبل ، وتنقلب الحياة وهي مجرد وضع فعلي واقع إلى ملكية وهي وضع قانوني مشروع . وبذلك تستقر الأوضاع الفعلية بعد أن انقلبت إلى أوضاع قانونية ، ويطمئن الناس إلى التعامل مع الحائز للعين ، إذ يعلمون أن الحياة إذا دامت مدة معينة انقلبت إلى ملكية . وإذا صح أن يقع أن الحائز للعين يكون قد اغتصبها وظل حائزا لها حتى تملكها بالتقادم ، فإن هذا إنما يقع في ظروف قليلة ، والضرر الذي ينجم عنه لا يعدل الفائدة التي تعود على المجتمع من استقرار الأوضاع الناجم عن التقادم المكسب على النحو الذي أشرنا إليه . على أنه حتى في هذا الفرض الأخير ، لا يمكن أن يسلم المالك للعين المغتصبة ، الذي سكت على هذا الاغتصاب مدة طويلة تصل إلى خمس عشرة سنة وقد تزيد بما يعتور هذه المدة من أسباب وقف وانقطاع ، من تهمة الإهمال الذي لا مبرر له . وبين مالك مهمل بترك ما يملكه في أيدي الناس دون أن يقوم على رعايته واستغلاله ، وحائز نشيط يقوم على استغلال العين ويرعاها رعاية المالك للملكه ، الحائز دون ريب هو الأولى بالرعاية (٢) .

٣٦٨ - لمحة تاريخية : يرجع التقادم المكسب في أصله إلى القانون

الروماني ، وقد سبق ظهوره في هذا القانون ظهور التقادم المسقط بمدة طويلة (٣) . ويصعد في أصوله الأولى إلى الألواح الاثني عشر ، وكانت

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٠ ص ٤٤٤ - ص ٤٤٥ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٨٨ ص ٦٩٨ .

(٣) أنظر في تاريخ التقادم المسقط الوسيط ٣ فقرة ٥٩٣ .

مدده قصيرة لا تتجاوز العام أو العامين ، فقد كانت الأعيان في روما محدودة وأصحابها لا يكادون يبرحونها ، فكانت هذه المدد القصيرة كافية لإشعارهم بأى اغتصاب يقع على أراضيهم ، فيبادرون إلى منعه ويقطعون بذلك مدة التقادم .

وبدأ التقادم المكسب في روما يؤدي مهمتين متميزتين إحداهما عن الأخرى . المهمة الأولى هي تحويل الحيازة الفعلية إلى ملكية رومانية صحيحة ، إذ كانت هذه الملكية الرومانية كثيرة التعقيد زاهرة بالأشكال والأوضاع الرومانية . فإذا لم تستكمل هذه الأوضاع ، وكثيرا ما كانت لا تستكملها ، أغنى عنها حيازة لمدة قصيرة ينقلب عند انتهائها حق الحائز إلى حق ملكية قانونية (*dominium ex jure quiritium*) . (١) والمهمة الثانية التي كان التقادم المكسب يقوم بها هي علاج مركز من يتعامل مع غير المالك ، فلا تنتقل إليه الملكية بداهة ، فيأتى التقادم المكسب لنجدته بأن ينقل إليه الملكية بعد حيازة العين لمدة قصيرة ، إذا كان حسن النية ومعه سبب صحيح . وبذلك كان التقادم المكسب ، في كل من هاتين المهمتين ، يضع حدا لترعزع الملكية وعدم استقرارها ، وتنقلب به الحيازة إلى ملكية قانونية صحيحة . ولكنه كان لا يسرى إلا على الأشياء القابلة للملكية الرومانية (*propriété quiritaire*) ، وعلى الرومان دون الأجانب . أما الأراضي التي في الأقاليم (*fonds provinciaux*) ، فكان هذا النوع من التقادم لا يسرى عليها . فأدخل الريطور الروماني ، إلى جانب هذا النوع من التقادم المكسب (*usucapio*) ، نوعا آخر من التقادم المكسب (*prascriptio longi temporis*) يسرى على أراضي الأقاليم وعلى الأجانب . واشترط لإعماله أن يكون الحائز حسن النية ومعه سبب صحيح ، وجعل مدة التقادم عشر سنوات إذا كان الحائز والمالك الحقيقي يقيمان معاً في إقليم واحد ، وعشرين سنة إذا كانا يقيمان في إقليمين مختلفين . وبدأ هذا التقادم الريطوري بأن يكون دفعا ضد دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك ، ثم انتهى إلى أن يكون دفعا ودعوى في وقت واحد . فيستطيع الحائز أن يدفع به دعوى الاستحقاق ، كما يستطيع أن يرفع هو دعوى الاستحقاق على من يأخذ منه الحيازة .

(١) بودري وتيسيه فقرة ٤

ولما زالت الفروق بين الأشياء الرومانية (*res mancipi*) والأشياء غير الرومانية ، وبين الأراضي الإيطالية وأراضي الأقاليم ، وبين المواطن الروماني والأجنبي ، اندمج النوعان من التقادم المكسب أحدهما في الآخر ، وخلص من هذا الاندماج نظام مشترك ، مدته عشر سنوات أو عشرون سنة في العقار وثلاث سنوات في المنقول .

ثم أنشأ القانون البيزنطي (قانون الامبراطور ثيودوس سنة ٤٢٤) ، إلى جانب هذا النظام المشترك ، نظاما جديدا هو التقادم المكسب الطويل (*paescriptio longissimi temporis*) مدته ثلاثون سنة ، ويغني بطول مدته هذه عن اشتراط حسن النية والسبب الصحيح . وزادت المدة إلى أربعين سنة بالنسبة إلى أموال الخزانة العامة وأموال الإمبراطور وأموال الكنائس والمؤسسات الدينية ، ثم زادت إلى مائة سنة بالنسبة إلى أموال الكنيسة . وخلط جوستينيان في مجموعاته بين التقادم المكسب والتقادم المسقط ، وكانا قبله منفصلين أحدهما عن الآخر . وانتقل هذا الخلط إلى التقنين المدني الفرنسي نفسه ، وكان مصدرا لكثير من الاضطراب والتشويش في تفهم أحكام التقادم ، سواء في القانون الروماني أو في القانون الفرنسي .

وأخذ التقادم المكسب الذي عرفه القانون الروماني على النحو سالف الذكر طريقه إلى القانون الفرنسي القديم ، وبخاصة في الجنوب بلاد القانون المكتوب (*pays de droit écrit*) . على أن العادات الجرمانية والأوامر الملكية عدلت من أحكام القانون الروماني ، وأثر القانون الكنسي (*droit canonique*) بوجه خاص على هذه الأحكام . وكان القانون الكنسي ينظر إلى التقادم بوجه عام نظرة استنكار ، ويستعصى عليه أن يسلم أن شخصا لا يملك الحق يصبح مالكا له بالتقادم ، ويرى في ذلك ضربا من تحليل الغصب وجعله مشروعا . فقلب التقادم الروماني من أن يكون قائما على أساس استقرار التعامل ، إلى أن يكون قائما على أساس أنه الدليل على وجود الحق حيث تتعذر إقامة الدليل . وتوسع كثيرا في أسباب وقف التقادم ، واشترط حسن النية في الحائز طوال مدة حيازته فلا يكفي حسن النية وقت بدء الحيازة . ومنحت امتيازات خاصة لبعض الأموال فأصبحت غير قابلة للتملك بالتقادم أو أطيلت مدة التقادم فيها ، من ذلك أموال الكنيسة وأموال التاج وأموال الطوائف المهنية .

وقد أخذ التقنين المدني الفرنسي نظام التقادم من هذه المصادر جميعا ،
 نقلا عن Dunod وعن Domat ، وجعل القانون الروماني هو الأساس ،
 مع تعديله بالعادات الجرمانية وبالأوامر الملكية وبالقانون الكنسي . ولكن
 واضعى التقنين المدني الفرنسي بسطوا من قواعد التقادم ، وأرجعوها إلى
 أصلها الروماني ، وألغوا الامتيازات الخاصة التي تمتعت بها بعض الأموال من
 ناحية قابليتها للتملك بالتقادم فيما سلف ذكره (١) .

٣٦٩- تقسيم الموضوع : ونجعل بحثنا للتقادم المكسب الطويل في مطلبين
 (١) كيف يتحقق التقادم المكسب الطويل . (٢) أعمال التقادم المكسب والآثار
 التي تترتب عليه .

المطلب الأول

كيف يتحقق التقادم المكسب الطويل

٣٧٠- شروط تحقق التقادم المكسب الطويل : حتى يتحقق التقادم
 المكسب الطويل ، يجب أولا أن يكون هناك حق يمكن كسبه بهذا النوع
 من التقادم فيحوزه الشخص حيازة تتوافر فيها الشروط ، ويجب ثانيا أن تتم
 مدة التقادم فتدوم هذه الحيازة خمس عشرة سنة كاملة ، ويجب ثالثا ألا يوقف
 التقادم وألا ينقطع .

§ ١ - الحقوق التي يمكن كسبها بالتقادم المكسب الطويل

٣٧١- نفس قانوني : تنص المادة ٩٦٨ مدني على ما يأتي :

« من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقا عينيا
 على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به ، كان له أن يكسب ملكية
 الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة » (٢) .

(١) أنظر في تفصيل ذلك بودري وتيسيه فقرة ٣ . فقرة ٢٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤١٩ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٣
 في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٠ . وفي لجنة مجلس الشيوخ
 اقترح بعض مستشارى محكمة النقض حذف كلمة «منقول» الواردة في النص لأن التقادم المكسب =

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ١٠٢/٧٦ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩١٧ و ٩١٩ و ٩٢٥ و ٩٢٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٧٢ - وفي التقنين المدني العراقي م ١/١١٥٨ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٥ - ٢٥٧ و ٢٦٠ (٢) .

= غير لازم إلا في العقار، ورأوا أيضاً أن الحياة بشروطها ومدتها هي قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك للحائز ومن ثم يجب حذف التقادم المكسب من بين أسباب كسب الملكية وإضافته إلى باب الإثبات بين القرائن القانونية القاطعة . فلم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح . ففيما يتعلق بالجزء الأول منه ، لا يمكن حذف كلمة « منقول » لأن المقصود تملك المنقول بالتقادم المكسب الطويل في حالة ما إذا كان الحائز سيء النية ، وفي هذا يستوى العقار والمنقول ، وبديهي أن قاعدة الحياة في المنقول سند الملكية لا تنطبق على هذه الحالة . أما فيما يتعلق بالجزء الثاني من الاقتراح ، فالملاحظة تنطوي على نظرة فقهية ، وقد أثرت اللجنة أن يحتفظ المشروع بالطابع التقليدي في هذه الناحية لأنه يجنب التقنين حرج الفصل في مسائل ينبغي أن يظل الاجتهاد فيها طليقاً من كل قيد . على أنه لوصح وجوب إضافة جميع القرائن القانونية إلى باب الإثبات ، لامتلاء هذا الباب بمسائل لم تجر العادة أن يتضمنها ، ويكفي أن يشار في هذا الصدد إلى مسئولية المتبوع عن التابع وإلى المسئولية عن الحيوان . وقد وافقت اللجنة على النص دون تعديل تحت رقم ٩٦٨ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩١ - ص ٤٩٤) .

(١) التقنين المدني السابق م ١٠٢/٧٦ : تحصل ملكية العقارات والحقوق لمن وضع يده عليها ظاهراً بنفسه أو بوكيل عنه بغير منازع مدة خمس سنوات متوالات بصفة مالك ، بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنياً على سبب صحيح . فإذا لم يوجد ذلك السبب ، لا تحصل له الملكية إلا إذا وضع يده مدة خمس عشرة سنة . (وحكم التقنين المدني السابق هو حكم التقنين المدني الجديد ، ويلاحظ أن التقنين المدني السابق قد أغفل ذكر المنقول فلم يدخله ضمن الأموال الجائز تملكها بالتقادم المكسب الطويل إذا كان الحائز سيء النية) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩١٧ (موافق مع ملاحظة أن التقادم المكسب لا يسرى فيما يتعلق بالعقار المسجل في السجل العقاري) - م ٩١٩ : يكتسب حق تسجيل التصرف في الأراضي الأميرية غير الخاضعة لإدارة أملاك الدولة بمرور عشر سنوات من تاريخ الحياة بسند أو بغير سند ، بشرط أن يكون الحائز قائماً بزراعة الأرض . م ٩٢٥ : لا يسرى التقادم على الحقوق المقيدة في السجل العقاري أو التي هي تحت إدارة أملاك الدولة .

م ٩٢٦ : لا يكتسب بالتقادم أي حق على العقارات المتروكة والحماية والمرقعة .

التقنين المدني الليبي م ٩٧٢ (مطابق) .

ويخلص من هذا النص أن الحقوق العينية وحدها ، وعلى رأسها حق الملكية ، في العقار وفي المنقول على السواء ، هي التي يمكن تملكها بالتقادم المكسب الطويل ، أما الحقوق الشخصية فلا يجوز تملكها بالتقادم . وليس كل حق عيني قابلاً للتملك بالتقادم ، بل يجب أن يكون هذا الحق قابلاً للتعامل فيه حتى يمكن كسبه بالتقادم . ويجب فوق ذلك أن يكون حقاً من الحقوق التي تقبل الخضوع للحيازة ، ويستدعي ذلك أن نعرض لأنواع خاصة من الأموال ، هي أموال الدولة العامة والخاصة وأموال الوقف وحق الإرث . ثم إن الحق الذي يراد تملكه بالتقادم المكسب الطويل ، إذا استوفى الشروط سالفة الذكر ، يجب أن يكون في حيازة الشخص الذي يريد تملكه ، وأن تكون هذه الحيازة مستوفية لعنصرها المادي والمعنوي ، وأن تكون خالية من العيوب . فهذه جملة من المسائل نبحثها على التعاقب .

٣٧٢ - الحقوق العينية وعندها دور الحقوق الشخصية هي التي يمكن

تملكها بالتقادم : وأول الحقوق العينية التي يمكن كسبها بالتقادم المكسب الطويل هو حق الملكية ، ويستوى في ذلك العقار والمنقول . ولا يعترض ، بالنسبة إلى المنقول ، بأنه يملك بمجرد الحيازة ، فمحل ذلك أن تكون الحيازة مقترنة بحسن النية ومصحوبة بالسبب الصحيح . أما إذا لم تقترن الحيازة بحسن النية أو لم تكن مصحوبة بالسبب الصحيح ، فالمنقول والعقار سيان ، كلاهما

= التقنين المدني العراقي م ١/١١٥٨ (موافق مع ملاحظة أن التقادم لا يسرى فيما يتعلق بالعقار المسجل في دائرة الطابو) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٥ : لا يسرى مرور الزمن على الحقوق المقيدة في السجل العقاري أو الخاضعة لإدارة أملاك الدولة .

م ٢٥٦ : لا يكتسب بمرور الزمن حق البتة على العقارات المتروكة والحماية والمرفقة .
م ٢٥٧ : يكتسب حق القيد في السجل العقاري فيما يتعلق بالعقارات والحقوق غير المقيدة في السجل العقاري ، بوضع يد الشخص بصورة هادئة علنية مستمرة مدة خمس سنوات هو بنفسه أو بواسطة شخص آخر لحسابه ، بشرط أن يكون لدى واضع اليد سبب محق . وإذا لم يكن لديه سبب محق ، فمدة خمس عشرة سنة .

م ٢٦٠ : يكتسب حق قيد التصرف بالأراضي الأميرية غير الخاضعة لإدارة أملاك الدولة بمرور عشر سنين على وضع اليد بسند أو بغير سند ، شرطاً أن يكون واضع اليد قائماً بزراعة الأرض .

(ونصوص القانون اللبناني تتفق مع نصوص التقنين السوري) .

لا يملك إلا بالتقادم المكسب الطويل ومدته خمس عشرة سنة^(١) . وعلى ذلك يكون قابلاً للتملك بالتقادم العقار . ويدخل في ذلك الأرض زراعية كانت أو أرضاً فضاء ، وكل ما تنبت الأرض من ثمار ومحصول وزرع ، وكل ما يغرس فيها من أشجار ونخيل ، وكل ما يقام على الأرض من مبان ومنشآت كالمساكن والمكاتب والحوانيت والمصانع والخازن والمحالج والجراجات والزرائب والأفران والمطاحن وغير ذلك من الأماكن التي تشيد فوق سطح الأرض ، أو تشيد في باطنها كالأنفاق والمحاري والآبار والمواسير والأنابيب المدفونة في باطن الأرض . ويكون قابلاً للتملك بالتقادم المنقول . ويدخل في ذلك العروض والمكيلات والموزونات والمأكولات والمشروبات وأثاث المنزل والبضائع والكتب والورق والأقلام والسيارات والمركبات والسفن والعوامات والذهبيات والطائرات وأكشاك الاستحمام وأكشاك الأسواق والمعارض وخيام البدو الرحل وخيام الكشافة والأكشاك الخشبية والمباني التي تقام مدة الأعياد والموالد إذا لم تثبت في الأرض .

وكما تكسب الملكية في العقار والمنقول بالتقادم المكسب الطويل ، كذلك يكسب بهذا التقادم كل حق عيني آخر . فتكسب الملكية الشائعة في العقار والمنقول ، وملكية الرقبة في العقار والمنقول ، وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى في العقار والمنقول ، وحق الارتفاق الظاهر ، وحق الحكر القائم على أرض غير موقوفة قبل العمل بالتقنين المدني الجديد ، وحق الرهن الحيازي في العقار والمنقول .

أما الحقوق الشخصية (créances) فلا تكسب بالتقادم المكسب ، ولكنها تنقضي بالتقادم المسقط . ولا يكسب الحق الشخصي بالتقادم حتى لو كان قابلاً للحيازة ، كما هو شأن حق المستأجر فالمستأجر إذا كان يحوز حقه كمستأجر إلا أن حيازته هذه لا تؤدي به إلى كسب هذا الحق بالتقادم المكسب ، وإن كانت تصلح لأن تحمي بجميع دعاوى الحيازة ، وقد سبق بيان ذلك . وهناك حقوق شخصية تتجسد في سندات وتصبح هي والسند شيئاً واحداً ، وهذه هي

(١) أنظر مآدار في هذا الشأن من المناقشة في لجنة مجلس الشيوخ آنفاً ص ٩٩٢ في

السندات لحاملها (titres au porteur) ، فهذه تعامل معاملة المنقول المادى ، ومن ثم يجوز كسبها بالتقادم المكسب الطويل بالرغم من أنها حقوق شخصية .

٣٧٣ - وجوب أنه يكون المحي العيني قابلاً للتعامل فيه وقابلاً للحيازة :

وليس كل حق عيني - ونقف هنا عند حق الملكية فى العقار والمنقول لأنه هو موضوع البحث فى أسباب كسب الملكية - يمكن كسبه بالتقادم . بل يجب أن يكون العقار أو المنقول قابلاً للتعامل فيه ، وقابلاً للحيازة (١) .

أما أن العقار أو المنقول يجب أن يكون قابلاً للتعامل فيه (dans le commerce) فذلك واضح ، لأن ما لا يقبل التعامل فيه لا تنتقل ملكيته ، ومن ثم لا يجوز تملكه بالتقادم . والشئ لا يكون قابلاً للتعامل فيه ، كما قدمنا عند الكلام فى محل الالتزام (٢) ، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذى خصص له يأتى ذلك ، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع . فالشئ لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقد ، كالشمس والهواء والبحر (٣) . وقد يكون الشئ غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض الذى خصص له . فالملك العام لا يصح التعامل فيه لأنه مخصص لمنفعة عامة ، وتخصيصه هذا يتنافى مع جواز التصرف فيه ومع جواز تملكه بالتقادم . وقد يكون الشئ

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بدوائرها المحكمة بأن الأموال التى اعترف القانون المبنى بها أربعة أنواع ، وهى الملك والوقف والمباح والمخصص للمنفعة العامة . والذى يستفاد من أحكام هذا القانون أن قواعد التملك بمضى المدة لا شأن لها لا بالوقف ولا بالمخصص للمنفعة العامة ، بل وليس لها باعتبار النصوص عند وضع القانون سنة ١٨٨٣ شأن بالأراضى المباحة . وكل ما تنطبق عليه باعتبار تلك النصوص إنما هو النوع الأول من الأموال ، وهو الملك . (استئناف مصر دوائر بمجموعة ٤ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٢٣ ص ٩٥٥) .

(٢) أنظر الوسيط ١ فقرة ٢٢٧ .

(٣) ويرجع عدم القابلية للتعامل إلى استحالة . وقد يصبح التعامل ممكناً فى هذه الأشياء من بعض النواحي ، فأشعة الشمس يحصرها المصور الفوتوغرافى ، والهواء يستعمله الكيمائى فى أغراضه ، والبحر يؤخذ من مائة ما يصلح أن يكون محلاً للامتلاك . فعند ذلك تصبح الشمس والهواء والبحر قابلة للتعامل فيها من هذه النواحي الخاصة ، وتصلح إذن أن تكون محلاً للالتزام . وإذا كان الشئ يمكن التعامل فيه ولكن لا مالك له ، فهو مباح ، كالطير فى الهواء والسك فى البحر ، ويملكه من يتولى عليه ويستطيع أن يتعامل فيه .

غير قابل للتعامل فيه لأن ذلك غير مشروع . وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص في القانون أو إلى مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو للآداب . على أن نص القانون الذى يمنع من التعامل فى الشيء يكون مبنيًا على اعتبارات ترجع هى ذاتها إلى النظام العام أو إلى الآداب . فما ورد فيه نص يحرم التعامل فيه إنما هو فى الوقت عينه مخالف للنظام العام أو للآداب أو لهما معاً . ومن أمثلة الأشياء التى لا يجوز التعامل فيها لمخالفة ذلك للنظام العام أو للآداب ، ومن ثم لا يجوز تملكها بالتقادم ، الأهلية والحالة المدنية والمخدرات والحشيش وبيوت العهارة وبيوت المقامرة . والأصل أن الشيء الذى لا يجوز التعامل فيه لا يكون قابلاً للتصرف فيه وغير قابل للتملك بالتقادم . وعلى ذلك يكون الشيء غير القابل للتصرف فيه لا يقبل فى العادة التملك بالتقادم . ولكن توجد استثناءات لهذه القاعدة . فهناك أشياء غير قابلة للتصرف فيها ، ومع ذلك يجوز تملكها بالتقادم . من ذلك الوقف الأهلى ، فقد كان قبل الغائه غير قابل للتصرف فيه ، وكان مع ذلك يجوز تملكه بالتقادم مدة ثلاث وثلاثين سنة . ومن ذلك أيضاً العين غير القابلة للتصرف فيها بموجب شرط مانع من التصرف يتضمنه عقد أو وصية ، فهذه العين لا يجوز التصرف فيها وهى مع ذلك قابلة بالتقادم المكسب الطويل (١) . وعلى العكس من ذلك ، قد يكون الشيء قابلاً للتصرف فيه ، ومع هذا لا يجوز تملكه بالتقادم . من ذلك الارتفاقات غير الظاهرة ، فهذه يجوز التصرف فيها مع العقار المرتفق ولكن لا يجوز تملكها بالتقادم (م ١٠١٦ / ٢ مدنى) . ومن ذلك أيضاً أملاك الدولة الخاصة ، فهذه يجوز التصرف فيها ومع ذلك لا يجوز تملكها بالتقادم (قانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧) .

ولا يكتفى أن يكون العقار أو المنقول قابلاً للتعامل فيه حتى يكون قابلاً للتملك بالتقادم ، بل يجب أيضاً أن يكون قابلاً للحيازة إذ التملك بالتقادم يفترض أن الشيء قد خضع للحيازة مدة طويلة . والأصل أن الشيء القابل للتعامل فيه يكون أيضاً قابلاً للحيازة ، ولكن ذلك ليس حتماً فقد يوجد شيء قابل للتعامل فيه ومع ذلك لا يكون قابلاً للحيازة . فالمجموع من المال (universalité) كالتركة لا يخضع للحيازة باعتباره مجموعاً ، ومع ذلك يكون قابلاً للتعامل

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٣٢٠ ص ٥٢٠ .

فيه . ومن ثم لا تكون التركة كمجموع من المال قابلة للتملك بالتقادم ، إذ هي ، وإن كانت قابلة للتعامل فيها ، غير قابلة للحيازة .

ونطبق ما قدمناه على الأموال العامة (الدومين العام) ، وعلى الأموال الخاصة المملوكة للدولة (الدومين الخاص) ، وعلى الوقف ، وعلى حق الإرث .

٣٧٤ - الأموال العامة « الدومين العام » : لما كانت الأموال العامة غير قابلة في الأصل للتعامل فيها وذلك بالنظر إلى الغرض الذي خصصت له إذ هي مخصصة لمنفعة عامة ، لذلك لا يجوز تملكها بالتقادم . وقد نصت المادة ٢/٨٧ مدني ، تأكيداً لذلك ، على أن الأموال العامة « لا يجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم » .

فهذه قيود ثلاثة تحيط بالأموال العامة لحمايتها : عدم جواز التصرف وعدم جواز الحجز وعدم جواز التملك بالتقادم . وأهم هذه القيود الثلاثة هو قيد عدم جواز التملك بالتقادم ، فهو أهم بكثير من قيد عدم جواز التصرف ومن قيد عدم جواز الحجز . وقد سبق أن قررنا في هذا الصدد (١) : « ووجه ذلك واضح ، فانه يصعب تصور أن الدولة أو الشخص الإداري يعتمد إلى التصرف في الشيء العام إلا إذا كان غير عالم بصفته ، وكذلك ينذر أن يقدم دائن للشخص الإداري على حجز أمواله العامة بل حتى على حجز أمواله الخاصة لأن الشخص الإداري يكون عادة موسراً فلا يكون دائنه في حاجة إلى التنفيذ الجبري على ماله . وإنما الخشية كل الخشية هي في أن تعتدى الأفراد على الشيء العام بوضع اليد عليه أملاً في أن تكسب ملكيته بالتقادم ، ومن ثم سد القانون هذا الباب في أوجه المعتدين ، وحرم تملك الشيء العام بالتقادم . كذلك لا يجوز لشخص أن يكسب بالتقادم حق ارتفاق على الأموال العامة . وإذا كان الشخص الإداري يستطيع رفع دعاوى الحيازة ليحمي حيازته ، فان الأفراد لا يحمون في حيازتهم للشيء العام لأن هذه الحيازة لا يعتد بها » (٢) .

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٧٦ ص ١٥٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن وضع اليد على الأموال العامة ، مهما طال مدته ، لا يكسب الملكية إلا إذا وقع بعد انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة (وعندما كان جائزاً كسب أموال الدولة الخاصة بالتقادم) . ولا يعتبر وضع اليد على مال عام مدة خمس عشرة سنة ، بغير منازعة من الحكومة ، سبباً يزيل عن هذا المال صفته بأنه مال عام لا يجوز كسبه بالتقادم . (نقض مدني ٢١ أبريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٢٤ ص ٩٠٨) .

٣٧٥ - الرُؤُوسال الخاصة للمملوكة للدولة أو الشخصى العام « الدومين

الخاص » - نصى قانونى : تنص المادة ٩٧٠ مدنى (المعدلة بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ وبالقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩) على ما يأتى :

١ - « فى جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة » .

٢ - « ولا يجوز تملك الأموال الخاصة للمملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، وكذلك أموال الأوقاف الخيرية ، أو كسب أى حق عينى عليها ، بالتقادم . كما لا يجوز التعدى عليها ، وفى حالة حصول التعدى يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إدارياً بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٢١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - وفى جميع الأحوال ، لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة . ٢ - وليس للوقف أن يكسب حقاً بالتقادم » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٤٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٢ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية من المادة « لترك الأمر للقضاة ليتصرفوا حسب القواعد العامة » ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٧٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٧ - ص ٤٩٩) .

ثم صدر للقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ بتعديل المادة ٩٧٠ على الوجه الآتى : « ١ - فى جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة . ٢ - ولا يجوز تملك الأموال الخاصة للمملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، وكذلك أموال الأوقاف الخيرية ، أو كسب أى حق عينى عليها ، بالتقادم » . وصدر بعد ذلك القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ يضيف العبارة الآتية فى آخر الفقرة الثانية : « كما لا يجوز التعدى عليها ، وفى حالة حصول التعدى يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إدارياً بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة » . فأصبح النص بهذين التعديلين مطابقاً لما استقر عليه أخيراً .

ولامقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية كانت تنص على ما يأتى : «القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة ، مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى له فى عدم إقامتها ، إلا فى الإرث والوقف فإنه لا يمنع من سماعها إلا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعى ، وهذا كله مع الإنكار للحق فى تلك المدة » . (والتقادم هنا ليس تقادماً مكسباً ، بل هو ليس تقادماً مسقطاً ، وإنما هو دفع بعدم جواز سماع الدعوى على النحو الذى عرف أخيراً فى الفقه الإسلامى) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

ويؤخذ من الفقرة الثانية من النص سالف الذكر أن الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، وهي الأموال المعروفة باسم « الدومين الخاص » ، لا يجوز كسب ملكيتها ولا كسب أى حق عيني آخر عليها كحق ارتفاق ، بالتقادم المكسب . وهذا حكم جديد لاسابقة له في التشريع المصرى ، استحدثه القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، مخالفاً في ذلك التقاليد التشريعية المصرية ، وراجعا بنا إلى أيام القانون الفرنسى القديم حيث كانت تكثر الامتيازات الخاصة التى تمنح لأملاك الدولة وأملاك الكنيسة وغيرها من أملاك الطوائف المهنية فتجعل غير قابلة للتملك بالتقادم (١) . ذلك بأن حق الدولة في الأشياء المملوكة لها ملكية خاصة هو حق ملكية مدنية محضة ، وشأن الدولة في تملك الأشياء الخاصة شأن أى فرد في تملك المال الخاص ، وتملك الدولة الأشياء الخاصة بنفس أسباب كسب الملكية الخاصة . وقد كان أهم فرق عملي بين الملك العام والملك الخاص أن الملك العام لا يجوز تملكه بالتقادم ، أما الملك الخاص فيجوز تملكه بهذا الطريق .

وقد كان الأفراد يضعون أيديهم على بعض أملاك الدولة الخاصة ، وتنقضى المدة اللازمة للتقادم ، فيتملكونها بوضع اليد . وقد رأت الحكومة أخيراً أن في ذلك خطراً على أملاكها الخاصة ، فهي مشتتة في أنحاء البلاد ، ولا تستطيع في كل حالة أن تدفع عنها اعتداء الأفراد في الوقت المناسب . على أن هذا الخطر يتضاءل ، إذا قيس بمماراته الحكومة من علاج لدفعه ، وهو تقرير عدم قابلية الأملاك الخاصة للتملك بالتقادم ، وما ينجم عن ذلك من تزعزع في المعاملات وعدم استقرار في الملكية . ذلك بأن الحكومة ، إذا تعرضت في أملاكها الخاصة لبعض ضروب من الغصب تحرمها مع تطاول الزمن من بعض هذه الأملاك ، يجب أن تسلم أن تعامل الناس في هذه الأملاك الخاصة

التقنين المدني السورى م ١٠٠٢ : لا يكتسب بالتقادم أى حق على العقارات الوقفية المستغلة . مسجداً أو كنيسة أو كناساً أو مستشفيات أو معهداً تعليمياً أو المخصصة لاستعمال العموم .
التقنين المدني الليبي م ٩٧٤ : في جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة .

التقنين المدني العراقى لامقابل .

قانون الملكية المقارية اللبناني لامقابل .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٨ .

لا يستقر ولا يؤمن جانبه إلا إذا أحيط بسياج من قابلية الملك الخاص للتملك بالتقادم ، فعند ذلك فقط يستطيع من يتعامل مع الحائز الذي دامت حيازته خمس عشرة سنة أن يطمئن إلى هذا التعامل ، حتى لو ثبت بعد ذلك أن الملك الذي تعامل فيه مع الحائز هو ملك خاص للدولة . وعلى الحكومة ، من جانبها ، أن تحكم طرق الرقابة والإشراف على أملاكها الخاصة ، حتى تقلل من فرص الاعتداء على هذه الأملاك إلى أدنى حد ممكن .

ومهما يكن من أمر ، فقد انحرفت الحكومة عن القاعدة الهامة التي تقضي بقابلية الملك الخاص للتملك بالتقادم ، وقررت بتشريع خاص أن الأشياء الخاصة المملوكة لها لا يجوز تملكها بالتقادم (القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧) (١) . وكما لا يجوز تملك المال الخاص للدولة بالتقادم ، كذلك لا يجوز بالتقادم كسب أى حق عيني عليه ، كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن حيازى (٢) .

ويلاحظ - كما سبق أن قررنا في الجزء الثامن من الوسيط (٣) - أن أملاك الدولة الخاصة التي تم كسب الأفراد لها بالتقادم قبل نفاذ القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ تبقى مملوكة لمن كسبها بالتقادم (٤) ، إذ ليس للقانون سالف الذكر أثر رجعى . أما إذا كان هناك ملك خاص للدولة في حيازة أحد الأفراد ولم يكن قد مضى على حيازته له وقت نفاذ القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ خمس عشرة سنة كاملة ، فإن الحائز لا يستطيع كسب هذا الملك الخاص بالتقادم ، حتى لو أتم بعد نفاذ هذا القانون مدة خمس عشرة سنة وهو حائز للملك .

(١) وقيل في المذكرة التفسيرية لهذا التشريع ، تبريراً لهذا الحكم الجديد ، إن الشارع أراد به أن يحمى الأملاك الخاصة للدولة حتى تكون في مأمن من تملكها بالتقادم ، لأنه مهما أحكمت الرقابة والإشراف عليها فإن ذلك لن يمنع من تملكها بهذا الطريق .

(٢) وإذا حاز شخص مالا وادعى أنه تملكه بالتقادم ، فعليه هو إذا كان مدعياً أن يثبت التملك بالتقادم بجميع شروطه . ومتى أثبت ذلك ، كان على الحكومة أن تثبت بجميع طرق الإثبات أن هذا المال ، بالرغم من توافر شروط التملك بالتقادم فيه ، هو من أملاكها الخاصة ومن ثم لا يجوز تملكه بالتقادم .

وكون المال الخاص المملوك للدولة أصبح غير قابل للتملك بالتقادم لا يمنع من بقاء القضاء العادى - لا القضاء الإدارى - مختصاً بالنظر في وجوه النزاع فيه بين الدولة والأفراد .

(٣) جزء ٨ فقرة ٨٨ .

(٤) نقض مدنى ٨ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥٠ ص ٩٨١ .

ولم تقف حماية الأموال الخاصة المملوكة للدولة وللأشخاص العامة الأخرى عند هذا الحد . فقد كان الأصل في هذه الأموال الخاصة انه إذا وقع اعتداء عليها ، لم يكن للحكومة أن تنتصف بنفسها لنفسها ، وأن تلجأ إلى الطرق الإدارية لإزالة هذا الاعتداء كما تلجأ إلى هذه الطرق لإزالة الاعتداء على الأموال العامة . بل كان الواجب أن تلجأ إلى القضاء العادى تطلب دفع هذا الاعتداء ، شأن الحكومة في ذلك شأن الأفراد في دفع الاعتداء عن أموالهم الخاصة . ولكن صدر القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ ، يسبغ على الأملاك الخاصة المملوكة للدولة ولغيرها من الأشخاص العامة حماية أخرى ، فوق الحماية التي أضفها عليها القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ بجعلها غير قابلة للتملك بالتقادم . فقد نص القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ على عدم جواز التعدى على الأملاك الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، وأضاف ما يأتي : « وفي حالة حصول التعدى يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إدارياً بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة » . وهذه ميزة أخرى للأموال الخاصة . فقد قدمنا أن الأصل أن الحكومة ليس لها أن تلجأ إلى الطرق الإدارية إلا لإزالة الاعتداء على الملك العام ، أما الملك الخاص إذا اعتدى أحد عليه فانه طبقاً للقواعد العامة لا يجوز للحكومة أن تزيل الاعتداء عليه بالطرق الإدارية ، بل عليها أن تلجأ إلى القضاء العادى في ذلك . وقد تغير الموقف بعد هذا التعديل الأخير ، وأصبح الملك الخاص كالملك العام في جواز دفع الاعتداء عليه بالطرق الإدارية دون الالتجاء إلى القضاء . فاذا حاز شخص عينا ، وادعت الحكومة أن هذه العين هي من أملاكها الخاصة ، كان لها ، دون أن تلجأ إلى القضاء ، أن تنتزع العين من يد حائزها بالطرق الإدارية ، والحائز هو الذى يلجأ إلى القضاء بعد انتزاع العين من يده (١) .

٣٧٦ - الوقف : كانت المادة ٩٧٠ مدنى ، قبل تعديلها بالقانونين رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ورقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ ، تجرى على الوجه الآتى : « في جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحياة مدة ثلاث وثلاثين سنة » . وكان الوقف ، الأهلى والخيرى

(١) أنظر في كل ذلك الوسيط ٨ ققرة ٨٨ .

على السواء، قائماً لم يبلغ وقت نفاذ التقنين المدني الجديد في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فكانت الأعيان الموقوفة وقفا أهلياً أو وقفا خيرياً ، طبقاً للمادة ٩٧٠ مدني سالفه الذكر قبل تعديلها ، قابلة للتملك بالتقادم المكسب ، ولكن مدة هذا التقادم ، بدلاً من أن تكون خمس عشرة سنة كما هي القاعدة العامة ، كانت ثلاثاً وثلاثين سنة^(١) . وقد أطيلت مدة التقادم المكسب على هذا النحو حماية للوقف ،

(١) أما في التقنين المدني السابق فلم يكن يوجد نص يماثل نص المادة ٩٧٠ من التقنين المدني الجديد . فذهب رأي إلى عدم جواز كسب ملكية العين الموقوفة بالتقادم (استئناف وطني ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٥ القضاء ٣ ص ٩٧ - ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ القضاء ٥ ص ٧ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٩٩ ص ٢١١) - وذهب رأي ثان إلى جواز كسب ملكية العين الموقوفة بمدة التقادم العادي ، خمس عشر سنة أو خمس سنوات (استئناف وطني ٢٥ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ١٩٧ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٩٨) . وذهب رأي ثالث إلى جواز كسب ملكية العين الموقوفة ، على أن تكون مدة التقادم ثلاثاً وثلاثين سنة أخذاً بالمدة المقررة لعدم سماع دعوى الوقف في الشريعة الإسلامية (استئناف وطني ٢٦ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ١٣٣ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٩٩ ص ٢١١ - ٦ فبراير سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ رقم ٩٥ ص ٣٢٣ - ٨ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٢٢ ص ٤٧ - ١١ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٥٤ ص ٨٩ - ٧ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٢ ص ٢٩ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٩٩ ص ٤٢٥) .

وقد أخذت محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة بهذا الرأي الأخير ، وقالت في حكمها إنه ليس للقضاء الوطني أن يحتذى ما ورد باللائحة الشرعية حرفياً فيحكم بعدم سماع دعوى الوقف بعد مضي ثلاث وثلاثين سنة ، بل عليه أن يعتبر المدة فقط ، ثم يجعلها مدة كسب للحق بوضع اليد على مثال القاعدة المقررة في المادة ٧٦ من القانون المدني (السابق) ، حتى يتيسر بذلك لواقع اليد أن يطلب تثبيت ملكيته وأن توجيه المحكمة لهذا الطلب (استئناف مصر دوائر مجتمعة ٤ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٢٣ ص ٩٥٥) . وأقرت محكمة النقض بعد ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة ، وقال إن ملكية الوقف لا تسقط للدعوى بها بمجرد الإهمال فقط مدة ٣٣ سنة ، بل إنها تستمر حاصلة بلجهة الوقف ما لم يكسبها أحد بوضع يده ثلاثاً وثلاثين سنة وضعاً مستوفياً لجميع الشرائط المقررة قانوناً لكسب ملكية العقار بوضع اليد (نقض مدني ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٥ ص ٩١٢) . وانظر أيضاً نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٩١ ص ٢٢٦ - ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٩ ص ١٩٤ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٢ ص ١٠٩٨ - أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٣ ص ٥٧٢ . أما محكمة الاستئناف المختلطة فقد قضت بأن الوقف لا يقبل =

واقباً من المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي كانت تقضى بعدم جواز سماع دعوى الوقف بعد ثلاث وثلاثين سنة مع الإنكار للحق في هذه المدة وتمكن المدعى من رفع الدعوى وعدم العذر الشرعى (١). وكان التقادم في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أقرب إلى التقادم المسقط ، إذ أن أثره لم يكن تملك الوقف بالتقادم المكسب بل عدم جواز سماع الدعوى وفقاً لما هو مقرر في الفقه الإسلامى .

وبعد أن ألغى الوقف الأهلى في سنة ١٩٥٢ ، لم يبق هناك مجال لتطبيق المادة ٩٧٠ مدنى سالفة الذكر إلا على الوقف الحيرى الذى بقى قائماً ، فأصبحت =الملك بالتقادم لأنه لا يجوز التصرف فيه ، غير أنه يجوز النفع بعدم جواز سماع الدعوى إذا تركت دعوى الوقف مدة ٢٣ سنة مع إنكار الحائز للوقف (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ١٠٣ - ٢٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٠٠ - ٣٠ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٧٢ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦٠ - أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٤٥) .

وقد قنن التقنين المدنى الجديد قضاء محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة الذى أقرته محكمة النقض ، وقد كان القضاء المذكور يلقى بين حكم لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يأخذ منها مدة الثلاث والثلاثين سنة وبين حكم القانون المدنى يأخذ منه أن التقادم يكسب ويقتضى حيازة تلوم ثلاثاً وثلاثين سنة . وهذا التلغيق كان يعوزه نص تشريعى ، فأوجد التقنين المدنى الجديد هذا النص .

ولا يجوز لمن كانت حيازة عرضية أن يملك الوقف بالتقادم ، فلا يجوز للواقف ولانظر الوقف أو المستأجر أو المحتكر أن يملك بذلك (نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢٢ ص ٦١٦ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥١ ص ١٠٩٧ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٢ ص ١٠٩٨ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٤ ص ١٥١ - ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٠ ص ٣٢٧ - ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة ٢ رقم ١٦٢ ص ٤٥٢) ، وذلك مالم تتغير صفة الحيازة تغيراً يزيل عنها صفة الوقتية ، ويكون ذلك إما بفعل الغير أو بفعل من الحائز يعتبر معارضة لحق المالك ، فإن الحائز في هذه الحالة ولو كان واقفاً أو ناظراً على الوقف يستطيع أن يكسب بالتقادم المال الموقوف ، متى توافرت لديه شروط وضع اليد المكسب للملكية ودامت حيازته له مدة ثلاث وثلاثين سنة (نقض مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤٢ ص ٨٣٩) . وانظر نقض مدنى ١٠ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٧ ص ٨٤ (وضع يد المحتكر وورثته من بعده على الوقف هو وضع يد موقت لا يكسبه ملكية الوقف) .

(١) أنظر آنفاً ص ٩٩٩ هامش ١ .

الأعيان الموقوفة وقفا خيريا يجوز تملكها بالتقادم المكسب إذا دامت الحياة مدة ثلاث وثلاثين سنة .

ولكن هذا الحكم لم يدم طويلا ، فقد صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، كما رأينا ، يقضى بعدم جواز تملك أموال الأوقاف الخيرية بالتقادم . وأصبحت الأموال الموقوفة وقفا خيريا شأنها في هذا الصدد شأن الأموال الخاصة المملوكة للدولة ، كلا النوعين من المال لا يجوز تملكه بالتقادم بموجب نفس القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ . وكما لا يجوز تملك الوقف الخيري بالتقادم ، كذلك لا يجوز بالتقادم كسب أى حق عيني عليه كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن حيازي . وقد كان من الحائز الاكتفاء بالحلول التقليدية المقررة في هذا الشأن وجعل المال الموقوف وقفا خيريا قابلا ككل مال آخر للتملك بالتقادم ، مع إطالة مدة التقادم إلى ثلاث وثلاثين سنة كحماية خاصة للوقف . ولكن المشرع المصري لم يرد أن يقف عند هذا الحد ، وكما جعل المال الخاص المملوك للدولة غير قابل للتملك بالتقادم ، جعل أيضا غير قابل للتملك بالتقادم المال الموقوف وقفا خيريا . وبذلك أخذت الاستثناءات من القاعدة الجوهرية التي تقضى بجواز التملك بالتقادم تتكاثر ، ورجع القانون القهقري خطوات إلى الوراء في هذه المسألة الهامة .

ومهما يكن من أمر ، فإن الوقف الخيري الذي تم كسبه بالتقادم قبل نفاذ القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ يبقى على ملك من كسبه بالتقادم ، دون أن يكون للقانون سالف الذكر أثر رجعي . أما الوقف الخيري الذي يكون في حياة شخص وقت نفاذ القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، ولم يكن قد انقضى على حياته مدة ثلاث وثلاثين سنة ، فإنه لا يجوز تملكه بالتقادم ، ولو تمت مدة الثلاث والثلاثين سنة بعد نفاذ هذا القانون .

ويبدو أن الحماية الإضافية ، التي أسبغها القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ على الأملاك الخاصة المملوكة للدولة من جواز دفع الاعتداء عنها بالطرق الإدارية ، لا تتناول الوقف الخيري ، وذلك بالرغم من غموض النص . فإن الالتجاء للطرق الإدارية هو حق خاص بجهة الإدارة ، فلا يجوز أن يمتد إلى ناظر الوقف الخيري ولو كان هذا الناظر هو وزارة الأوقاف . هذا إلى أن جواز الالتجاء للطرق الإدارية دون القضاء هو حق استثنائي ضيق ، يجب عند غموض النص عدم التوسع في تفسيره .

وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٧٠ مدنى يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « وليس للوقف أن يكسب حقا بالتقادم » . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذه الفقرة ما يأتى : « ولا يملك الوقف بالتقادم ، لأنه يشترط فى إنشائه أن يكون بحجة شرعية » (١) ولكن هذه الفقرة حذفت فى لجنة مجلس الشيوخ « لترك الأمر للقضاة ليتصرفوا حسب القواعد العامة » (٢) . وقد كان القضاء غير مستقر فى هذه المسألة ، فمن الأحكام ما قضى بجواز أن يملك الوقف عينا يجوزها بالتقادم العادى فتصبح العين موقوفة (٣) ، ولكن كثيراً من الأحكام كان يقضى على العكس من ذلك بأن الوقف لا يملك عينا بالتقادم فتصبح وقفاً لأن صفة الوقف لا تثبت للأعيان إلا بحجة شرعية بعد استيفاء إجراءات خاصة ، ولأن الذى يضع يده هو ناظر الوقف وليس الوقف كشخص معنوى (٤) . على أن محكمة النقض حسمت هذا الخلاف ، واستقر قضاؤها على أن للوقف أن يملك بالتقادم بحكم كونه شخصاً معنوياً له أن ينتفع بأحكام القانون فى خصوص التقادم المكسب للملك ، إذ ليس فى القانون ما يحرمه من ذلك (٥) . وعلى ذلك يجوز للوقف الحبرى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨ .

(٢) انظر آنفاً ص ٩٩٩ هامش ١ .

(٣) استئناف وطنى ١٠ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٥ ص ١٦٦ - استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٥١ .

(٤) استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣١٩ ص ٦٢٥ - ٣١ مارس سنة ١٩٤٦ المحاماة ٣٠ رقم ٣٧٢ ص ٧٥١ - طنطا الكلية ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ . المحاماة ١٠ رقم ٢٣٥ ص ٤٦٤ - استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٨٦ - ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٤٤ - ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٥ - ١١ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١٨ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن للوقف بصفته شخصاً معنوياً أن يملك بالتقادم كثيره من الأشخاص ، والقول بأن العين لا يصح اعتبارها موقوفة إلا إذا حرر بوقفها إيجاباً شرعياً لا محل للتحدى به إلا عند قيام نزاع فى وقف العين المدعى بها وإنكار الوقف من واضع اليد عليها (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٤ ص ٥٧٤) . وقضت أيضاً بأن الوقف ، بحكم كونه شخصاً اعتبارياً ، له أن ينتفع بأحكام القانون المدنى فى خصوص التقادم المكسب للملك ، إذ ليس فى هذا القانون ما يحرمه من ذلك . وإذا كان التقادم المكسب هو فى حكم القانون قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك لصاحب اليد ، كان توافر هذه القرينة لمصلحة جهة الوقف دليلاً على أن العين التى تحت يدها موقوفة وفقاً صحيحاً ولو لم يحصل

أن يضع يده على عين مملوكة مدة خمس عشرة سنة أو مدة خمس سنوات بحسب الأحوال ، فيتملكها الوقف وتصبح عيناً موقوفة .

٣٧٧ - هو المرسى : رأينا (١) أن الفقرة الأولى من المادة ٩٧٠ مدني بعد تعديلها تجرى على الوجه الآتي : « في جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة » . وهذا النص يستوقف النظر ، وكان يستوقف النظر أيضاً قبل تعديل المادة ٩٧٠ مدني ، فقد كانت هذه المادة قبل التعديل تجرى على الوجه الآتي : « في جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة » .

أما أن الأموال الموقوفة تكسب بالتقادم إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة فلمر لا يستعصى على القواعد العامة ، ويكفي أن يجوز شخص عيناً موقوفة وتدوم حيازته لها مدة ثلاث وثلاثين سنة حتى يمكن القول طبقاً للمادة ٩٧٠ مدني سالفة الذكر (قبل التعديل) إن الحائز قد تملك العين الموقوفة بالتقادم المكسب . وليس في هذا القول خروج على طبيعة الأشياء ، وكل ما فيه أن المشرع هنا قد نقل قاعدة عن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (م ٣٧٥) بعد تحويلها تحويلاً قلباً به التقادم المسقط (أو عدم جواز سماع الدعوى) إلى تقادم مكسب . فقد كانت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لا تجعل الوقف يكسب بالتقادم ولا تعطى دعوى استحقاق لمن حاز عيناً موقوفة مدة ثلاث وثلاثين سنة ، ولكن تقتصر على إعطاء الحائز دفعة لا دعوى ، وهذا الدفع أقرب إلى أن يكون دفعة بالتقادم المسقط إذ أنه دفع بعدم جواز سماع الدعوى . فكان ناظر الوقف إذا طالب بعين موقوفة بعد ثلاث وثلاثين سنة

به إلهاد (نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٣ ص ٦٠٢) - وانظر أيضاً نقض مدني ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٠٣ ص ٧٩٦ .

وانظر في المعنى الذي ذهبت إليه محكمة النقض من أنه يجوز للوقف أن يكسب عقاراً بالتقادم فيصبح العقار وفقاً بدون حجة شرعية : محمد علي عرفه فقرة ١٤٠ - ص ٢٥٣ ص ٢٥٤ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥١٧ ص ٥٤٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٨١ - وانظر عكس ذلك وأنه لا يجوز للوقف أن يملك عقاراً بالتقادم وأن العقار لا يصبح وفقاً دون حجة شرعية : محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٣٦٩ - شفيق شحاته فقرة ٢٨٣ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٧٥ .

لا تسمع دعواه ، وتضيق هذه العين على الوقف لا لأنها كسبت بالتقادم ، بل لأن الدعوى بالمطالبة بها لا يجوز سماعها . فترك المشرع فكرة عدم جواز سماع الدعوى ، أى ما يعادل التقادم المسقط ، إلى فكرة التقادم المكسب . وأعطى لمن حاز العين الموقوفة مدة ثلاث وثلاثين سنة دعوى استحقاق إذ جعله يملك العين الموقوفة بالتقادم المكسب ، ولم يقتصر على إعطائه مجرد دفع بعدم جواز سماع الدعوى . وهذا القدر من التحويل يملكه المشرع لأنه لا يستعصى على قواعد الحيازة والتقادم المكسب ، إذ العين الموقوفة لاشك في إمكان حيازتها وإن كانت غير قابلة للتصرف فيها ، فتمت حازها شخص ودامت حيازته لها مدة ثلاث وثلاثين سنة ، ساغ للمشرع أن يقرر أن الحيازة لهذه المدة الطويلة تكسب الحائز ملكية العين الموقوفة .

والأمر جد مختلف بالنسبة إلى حق الإرث ، فالوارث إنما يضع يده على التركة وهي مجموع من المال (universalité) ، والمجموع من المال لا يقبل الحيازة (١) . وليست التركة كالعين الموقوفة ، إذ التركة لا تقبل الحيازة كما قدمنا ، أما العين الموقوفة فتقبل الحيازة . لذلك كان انتقال المشرع في العين الموقوفة من التقادم المسقط (أو عدم جواز سماع الدعوى) إلى التقادم المكسب أمراً مستساغاً ، ما دامت العين الموقوفة تقبل الحيازة ، فجعلت حيازتها مدة ثلاث وثلاثين سنة سبباً لكسب ملكيتها . أما انتقال المشرع في حق الإرث من التقادم المسقط إلى التقادم المكسب ، على الوجه الذى سار عليه في العين الموقوفة ، فأمر غير مستساغ . إذ التركة مجموع من المال لا يقبل الحيازة ، فقول المشرع إن حق الإرث يكسب بالتقادم إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة قول يخالف القواعد الأساسية في الحيازة ولا يمكن التسليم به . والواجب أن يقال إن حق الإرث يسقط بالتقادم المسقط أى لا يجوز سماع الدعوى فيه ، لا أن يقال إن حق الإرث يكسب بالتقادم المكسب . وعلى ذلك يجب أن ينتقل الكلام في حق الإرث من التقادم المكسب إلى التقادم المسقط (٢) . ويؤيد ذلك ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٢ .

(٢) وهذا ما كان يجرى عليه القضاء في عهد التقنين المبنى السابق (استئناف مختلط ٢ مارس

سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٦٩ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣١٠ - محمد كامل مرسى

التمهيدى ، فهي قد أبرزت هذا الخطأ إذ تقول : « أما دعوى الإرث فهي تسقط بثلاث وثلاثين سنة ، والتقدم هنا مسقط لا مكسب ، لذلك يجب حذف حقوق الإرث من المادة ١٤٢١ (م ٩٧٠ مدنى) وجعل الكلام عنها فى التقدم المسقط » (١) ولكن هذه الإشارة فى المذكرة الإيضاحية التى كان من شأنها وضع المسألة فى وضعها الصحيح لم تنفذ ، وبقي حق الإرث مذكوراً فى التقدم المكسب على أنه يجوز تملكه بهذا التقدم بعد حيازة تدوم ثلاثاً وثلاثين سنة : من أجل كل ذلك نميل إلى القول بأن الفقه والقضاء يجب عليهما تصحيح هذا الخطأ غير المقصود فى التشريع ، والذي نهت المذكرة الإيضاحية إلى وجوب تصحيحه ولكنه لم يصحح طوال المراحل التشريعية التى سار فيها النص . ويترتب على ذلك وجوب القول بأن حق الإرث لا يكسب بالتقدم لأنه غير قابل للحيازة ، وإنما تكسب أعيان التركة ، كل عين على حدة ، بالتقدم المكسب ، إذا حاز العين حائز وانقضى على حيازته لها خمس عشرة سنة ، لا ثلاث وثلاثون سنة .

ولكن حق الإرث يسقط بالتقدم المسقط ، أو بعدم جواز الدعوى : فإذا سكت الوارث ، مع التمكن ودون عذر شرعى ، عن مطالبة سائر الورثة بحقه فى الإرث مدة ثلاث وثلاثين سنة (٢) ثم رفع دعوى المطالبة

٤ فقرة ٣٧١) - أما إذا قام النزاع لا على حق الإرث ، ولكن على ملكية عين بالذات داخلة فى التركة ، فإن الحائز هذه العين ، ولو كان وارثاً آخر ، يملكها بالتقدم المكسب العادى (نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٤ ص ٢٦٧ - استئناف وطنى ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٩٠ ص ١٥٧ - ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٩٤ ص ١٥٣ - استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٦٩ - ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١١ . ٢٣ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣٢ - ٢٧ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٧٠ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣١٠ - ٨ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٠٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨ .

(٢) وقد كان هناك خلاف فى رأى فى عهد التقنين المدنى السابق فيما يتعلق بمدة التقدم . فرأى كان يذهب إلى أن هذه المدة ثلاث وثلاثون سنة تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية (استئناف وطنى ٤ يناير سنة ١٨٩٤ القضاء ١ ص ٥٣ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ الحقوق ١١ ص ٢٧٣ - ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ٧ ص ٣٠٧ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٠ المحاكم ١١ ص ٢٢١٩ - ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٩٤ ص ١٥٣) . ورأى آخر كان يذهب إلى أن المدة هى خمس عشرة سنة وهى مدة التقدم العادى (استئناف وطنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٦ ص ٨ - ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٩٠ ص ١٥٧) .

بالإرث بعد ذلك ، فإن أقر له الورثة بحقه ، قضى له به وسلم نصيبه في التركة . أما إذا أنكرت الورثة عليه حقه ، ودفعوا دعواه بعدم جواز سماعها أو بسقوطها بالتقادم ، قضى بعدم جواز سماع دعواه (١) . وفي هذه الحالة الأخيرة يبقى سائر الورثة وورثتهم من بعدهم على ما كانوا عليه من حيازة أعيان التركة ، كل بقدر نصيبه . وإذا كان في يد أحدهم جزء من نصيب الوارث الذي قضى بعدم جواز سماع دعواه ، فإنه لا يملك هذا الجزء بالتقادم المكسب ، وإنما قضى له بعدم جواز سماع الدعوى فيه ، فبقى في يده على هذا الأساس (٢) .

٣٧٨ - موضوع الحق الذي يكسب بالتقادم لحيازة مستوفية لعنصرها

وفاية من العيوب : ويجب أن يخضع الحق الذي يكسب بالتقادم خضوعاً فعلياً لحيازة مستوفية لعنصرها المادى والمعنوى . فالسيطرة المادية وحدها ، وهى العنصر المادى ، لا تكفى ، بل يجب أن تقترن بالعنصر المعنوى . وإذا اقتصرنا على حق الملكية فى العقار أو فى المنقول ، فإنه يجب أن يحوز الشخص العقار أو المنقول حيازة مادية مقترنة بنية أنه يحوزه لحساب نفسه باعتبار أنه مالك . أما الحيازة العرضية ، وهى الحيازة المادية المجردة من العنصر المعنوى أو الحيازة لحساب الغير ، فإنها لا تكفى فى تملك العقار أو المنقول

(١) أنظر من هذا رأى محمد كامل مرسى ٤ فترة ٣٧٢ - اسماعيل غانم ص ١٢٥ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٣٨٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٤ ص ٤٠٦ - وقرب عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥١٦ . وقارن محمد على عرفه ٢ فقرة ١٤٧ - شقيق شحاته فقرة ٢٨٧ .

(٢) أما إذا وضع وارث يده على عين بالذات من أعيان التركة باعتبارها مالاً لها لا عن طريق الإرث ، فإنه يملك هذه العين إذا دامت حيازته لها مدة خمس عشرة سنة (لامدة ثلاث وثلاثين سنة) بالتقادم المكسب ، ولو أنه تبين بعد ذلك أن الوارث الذى قضى بعدم جواز سماع دعواه بعد ثلاث وثلاثين سنة كان يملك جزءاً شائعاً من هذه العين يحكم أنه أحد الورثة وله نصيب شائع فيها . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الدفع بعدم جواز سماع الدعوى الذى يمنع المحاكم من سماع قضايا التركات بعد مضي ٣٣ سنة عليها لا يترتب عليه أدنى تأثير فيما يتعلق بالدفع بالتملك بمضى المدة الذى يتمسك به من وضع يده مدة ١٥ سنة على عين من أعيان التركة (استئناف وطنى ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٩٤ - ص ١٥٣) . وانظر أيضاً استئناف وطنى ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٨٩٧ الحقوق ٧ ص ٣٠٧ - مصر ٢٩ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٣٠٧ - ٢١ يونيو سنة ١٩١٩ الحقوق ٣٤ ص ١٢٣ .

بالتقادم المكسب (١) : وإذا أراد الحائز العرضي الذي يحوز لحساب غيره لا لحساب نفسه أن يغير صفة هذه الحيازة العرضية وأن يحولها إلى حيازة أصيلة لحساب نفسه بحيث يستطيع أن يملك العقار أو المنقول بالتقادم المكسب عن طريق هذه الحيازة ، فلا يكفي في ذلك تغيير نيته وتصريحه بأنه أصبح يحوز العقار أو المنقول لحساب نفسه لا لحساب غيره . بل يجب عليه أن يلجأ في ذلك إلى إحدى الطريقتين اللتين عينهما القانون لهذا الغرض ، إما بفعل يصدر من الغير أو بفعل يصدر منه هو يعارض به حق المالك ويجابه ، وقد بينا ذلك تفصيلاً فيما تقدم (٢) .

ويجب ، فوق استيفاء الحيازة لعنصرها ، أن تكون خالية من العيوب ، حتى يمكن أن تؤدي إلى التملك بالتقادم . فالحيازة المعيبة لا تؤدي إلى التملك بالتقادم ، ما دام العيب ملابساً لها . وقد فصلنا فيما تقدم عيوب الحيازة ، وذكرنا أن هذه العيوب أربعة ، هي عدم الاستمرار والخفاء (٣) وعدم الهدوء والغموض (٤) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت محكمة الموضوع قد أوضحت في أسباب حكمها أنه لم تكن لدى الحيازة ولا لمورثه حيازة مقترنة بنية التملك ، مستندة فيما استندت إليه إلى أن المورث كان يستأجر أرض النزاع ، فإن في هذا ما يعتبر رداً ضمنياً على ما يتمسك به مدعى الحيازة من تملكه تلك الأرض بالتقادم الطويل والتقادم القصير مع السبب الصحيح وحين النية (نقض مدني ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٦٢٠) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٧٢ .

(٣) وقل أن تكون حيازة المنقول بسوء نية خالية من عيب الخفاء ، فإن الحائز يحاول عادة إخفاء المنقول عن عين صاحبه ، ويسعفه في ذلك أن المنقول ، نال الإخفاء في أغلب الأحوال . وعلى ذلك لا تنتج الحيازة بسوء نية أثرها في تملك المنقول ، ولو امت هذه الحيازة خمس عشرة سنة ما دامت حيازة خفية (مازو فقرة ١٥١٦ ص ١٢٢٠) . وتملك المنقول بالتقادم المكسب الطويل نادر الحصول على كل حال ، ليس فحسب لأن الحيازة يشوبها عادة عيب الخفاء ، بل أيضاً لأن المنقول بخلاف العقار لا يقوى على البقاء مدة طويلة في أغلب الأحيان .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٧٣ - فقرة ٢٨٧ - وقد بينا أن عيب عدم الاستمرار هو عيب مطلق ، لكل ذي مصلحة أن يتمسك به ، وأنه إذا زال وتحولت الحيازة إلى حيازة مستمرة خلت الحيازة من العيب ، ومنذ خلوها منه يمكن أن تؤدي إلى التقادم (انظر آنفاً فقرة ٢٧٧) . أما عيب الخفاء فهو عيب نسبي لا يكون له أثر إلا قبل من أخفيت عنه الحيازة . فإذا زال وظهرت الحيازة وعلم بها المالك أو استطاع أن يعلم بها أصبحت الحيازة خالية من عيب الخفاء ، وصارت صالحة لأن تؤدي إلى التملك بالتقادم (انظر آنفاً فقرة ٢٨٠ - فقرة ٢٨١) . وكذلك عيب عدم -

ونرى من ذلك أن العقار أو المنقول المراد تملكه بالتقادم المكسب يجب أن يحوزه الشخص حيازة مستوفية لعنصرها وخالية من العيوب . ثم يجب فوق ذلك أن تدوم هذه الحيازة على النحو المتقدم الذكر مدة خمس عشرة سنة كاملة ، وهي المدة اللازمة التي عينها القانون لاكتمال التقادم ، أى مدة التقادم المكسب الطويل (١) ، وهذا ما ننتقل الآن إليه .

§ ٢ - مدة التقادم المكسب الطويل

٣٧٩- المائل الواجب بحرها : مدة التقادم المكسب الطويل هي كما قدمنا خمس عشرة سنة ، ولا يجوز الاتفاق على تعديلها . ويقتضى الأمر أن

= اهلوه عيب نسبي لا يكون له أثر إلا قبل من وقع عليه الاكراه ، فاذا زال بانقطاع الإكراه هدوء الحيازة ، أصبحت الحيازة خالية من العيوب وصارت صالحة لأن تؤدي إلى التملك بالتقادم (انظر آنفاً فقرة ٢٨٣ - فقرة ٢٨٤) . والغرض أيضاً عيب نسبي لا يكون له أثر إلا قبل من التمس عليه الأمر ، فاذا زال بانتفاء اللبس ، أصبحت الحيازة خالية من العيب صالحة لأن تؤدي إلى التملك بالتقادم (انظر آنفاً فقرة ٢٨٦ - فقرة ٢٨٧) .

(١) وحيازة الشخص للعين حيازة مستوفية لعنصرها وخالية من العيوب المدة اللازمة للتقادم هي من مسائل الواقع التي تتترك لتقدير قاضي الموضوع ، وهذا كله أمر مادي يجوز إثباته بجميع الطرق وتدخل في ذلك البينة والقرائن - أنظر نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٦ رقم ٧٩ - ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٥٧ رقم ٨٢ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٥٧ رقم ٨٦ - ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٩ رقم ٩٩ - ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٦ رقم ٧٣ - ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣ ص ٢١ - ١١ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٦ ص ٢٣٨ - ١٠ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٣٣ ص ٨٣٥ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٣٦ ص ١٩٩ - ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٣٠٢ ص ١٩٠ ٥٦٨٩ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٥ رقم ٧٠ - ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٧ رقم ٨٩ - ٣١ مارس سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٧ رقم ٨٠ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٧ رقم ٨٧ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص ٤٥٨ رقم ٩٥ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ١٨٤ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥٠ ص ٩٨١ - ١٧ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٢ ص ١١١ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ١٥٧ ص ١٠٠١ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٥٨ ص ٤١٢ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٦٠ ص ٤٣٤ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٢٩ ص ٩٣٨ .

نبحث في هذا الصدد كيفية حساب هذه المدة ، وبدء سريانها ، والقريضة على قيام الحيازة ما بين بدء مدة التقادم ونهايتها ، وضم المدد في حالة تعاقب الحائزين .

٣٨٠ - مقدار مدة المكسب الطويل خمس عشرة سنة ولا يجوز

الاتفاق على تعديلها : رأينا (١) أن المادة ٩٦٨ مدني تنص على أن « من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به ، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة » . فمدة التقادم المكسب الطويل هي إذن . كما تبين من هذا النص ، خمس عشرة سنة كاملة .

وهذه المدة تعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على تعديلها ، لا عن طريق إبطالها ولا عن طريق تقصيرها . وقد رأينا (٢) أن المادة ٩٧٣ مدني تقضي بسريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بالاتفاق على تعديل المدة ، فوجب الرجوع في هذا الشأن إلى المادة ٣٨٨ / ١ مدني ، وهي تنص على أنه : « لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون » . فلا يجوز إذن الاتفاق بين الحائز والمالك (٣) على أن تكون مدة التقادم المكسب الطويل أكثر من خمس عشرة سنة ، كما

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٧١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦ .

(٣) يصعب تصور مثل هذا الاتفاق عملاً ، فالحائز إنما يجوز عيناً مملوكة لغيره بنية تملكها ، فكيف يتأتى أن يتفق مع المالك الذي اغتصب منه العين على أن تكون مدة التقادم أطول أو أقصر من خمس عشرة سنة ! وكان يمكن القول إن قاعدة عدم جواز الاتفاق على مدة غير التي عينها القانون للتقادم إنما هي قاعدة تتفق مع طبيعة التقادم المسقط وتستعصي على طبيعة التقادم المكسب ، ومن ثم لا مجال لتطبيقها على التقادم المكسب - على أنه من الممكن أن نتصور ، وإن كان ذلك فرضاً بعيد الوقوع ، أن المؤجر اتفق مع المستأجر على أنه في حالة تغيير المستأجر صفة حيازته وتحويلها إلى حيازة أصيلة ، تكون مدة التقادم عشرين سنة مثلاً ، فيكون هذا الاتفاق باطلاً ، كما يكون باطلاً الاتفاق على النزول أصلاً عن التقادم في مثل هذا الفرض (كولان وكابيتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١١٩٥ ص ٩٧٤) .

لا يجوز الاتفاق على أن تكون أقصر من خمس عشرة سنة ، بل يتحتم أن تكون المدة خمس عشرة سنة لا تزيد ولا تنقص (١) .

ويحرم القضاء الفرنسي الاتفاق على إطالة مدة التقادم ، إذ قد يكون وسيلة إلى التزول عن التقادم قبل أن يتم ، كما إذا اتفق الطرفان على إطالة مدة التقادم إلى خمسين سنة مثلاً أو إلى مائة ، فيكون هذا بمثابة التزول مقدماً عن التقادم من الناحية العملية . ولكن القضاء الفرنسي يجيز الاتفاق على تقصير مدة التقادم ، بشرط أن تكون المدة المتفق عليها كافية لمطالبة المالك بحقه ، فلا تكون قصيرة إلى حد لا يمكنه من ذلك عملياً . أما التقنين المدني المصري الجديد فقد أتى ، كما رأينا ، بنص صريح في المسألة . فقضى في المادة ١/٣٨٨ مدني كما مر القول بتحريم الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو تقصيرها ، واعتبر مدة التقادم ، التي حددها القانون بخمس عشرة سنة في التقادم المكسب الطويل ، ملزمة للطرفين فلا يجوز لهما أن يتفقا على تعديلها . فتكون مدة التقادم إذن من النظام العام ، ولا يجوز أن يترك تحديدها لمشئة الأفراد . ويترتب على ذلك أنه إذا اتفق الطرفان على تقصير مدة التقادم المكسب الطويل ، وهي خمس عشرة سنة ، إلى عشر سنوات أو خمس مثلاً ، لم يعتد بهذا الاتفاق ، بل تكون المدة خمس عشرة سنة كاملة . وإذا اتفق الطرفان على إطالة المدة إلى عشرين سنة مثلاً أو خمس وعشرين ، كان هذا الاتفاق باطلاً ، وتبقى مدة التقادم خمس عشرة سنة كما حددها القانون (٢) .

على أن ما قررناه من عدم جواز الاتفاق على إطالة مدة التقادم المكسب الطويل لا يمنع من أن هذه المدة قد تطول فعلاً بطرق أخرى . فإذا وقف سريان التقادم ، طالت مدته بمقدار المدة التي وقف فيها عن السريان : وإذا انقطعت مدة التقادم ، طال التقادم بمقدار المدة التي انقطع في آخرها وهي المدة التي أصبحت لا يعتد بها ، وبمقدار المدة التي يبقى فيها سبب الانقطاع نافذ الأثر . وقد تطول المدة على هذا الوجه ، من الناحية العملية ، إلى ثلاثين سنة أو إلى أربعين أو إلى أكثر من ذلك (٣) .

(١) وكذلك لا يجوز الاتفاق على تعديل مدة التقادم المكسب القصير وهي خمس سنوات ، فلا يجوز الاتفاق على جعلها مدة أطول ولا على جعلها مدة أقصر .

(٢) أنظر في هذه المسألة الوسيط ٣ فقرة ٦١٢ وفقرة ٦٥٨ .

(٣) أنظر في هذه المسألة الوسيط ٣ فقرة ٦٥٩ .

٣٨١- كيفية حساب مدة التقادم : رأينا (١) أن المادة ٩٧٣ مدنى

تقضى بسريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ، فوجب الرجوع فى هذا الشأن إلى المادة ٣٨٠ مدنى ، وهى تنص على أن « تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ، ولا يحسب اليوم الأول . وتكمل بانقضاء آخر يوم منها » . فتحسب إذن مدة التقادم المكسب الطويل ، وهى خمس عشرة سنة كما قدمنا ، بالأيام لا بالساعات . ذلك أننا لو حسبنا المدة بالساعات ، لا تقتضى الأمر أن نعرف فى أية ساعة على وجه الدقة بدأ سريان التقادم ، وهذا أمر تتعذر معرفته (٢) . فوجب إذن حساب المدة من يوم إلى يوم ، ابتداء من منتصف الليل إلى منتصف الليل التالى ، وفقاً للتقويم الميلادى (٣) . ويقتضى هذا عدم حساب اليوم الأول ، لأنه يكون يوماً ناقصاً أو هو جزء من يوم (٤) . فالحساب بالأيام يقتضى إذن إغفال اليوم الناقص ، ثم حساب مدة التقادم يوماً فيوماً ، حتى نصل إلى منتصف الليل من اليوم الذى تم به عدة التقادم خمس عشرة سنة كاملة ، ولا يتم التقادم إلا عند منتصف هذا الليل . ولذلك تقول المادة ٣٨٠ مدنى كما رأينا : « ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها » . فإذا بدأ سريان التقادم المكسب الطويل يوم ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ مثلاً ، فإن التقادم يكتمل عند منتصف الليل الذى يفصل ما بين يوم ٥ فبراير سنة ١٩٦٥ و ٦ فبراير سنة ١٩٦٥ (٥) .

ويدخل فى الحساب ما يتخلل هذه الأيام من مواسم وأعياد ، وإذا كان التقادم لا يكتمل إلا بانقضاء آخر يوم منه ، فإنه يقع صحيحاً ما يتخذ من الاجراءات بشأن قطع التقادم فى هذا اليوم . فإن كان هذا اليوم الأخير يوماً من أيام الأعياد أو المواسم ، وتعذر اتخاذ إجراء فيه لقطع التقادم ، فإن

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦ .

(٢) بلا نيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٩ ص ٧٠٨ .

(٣) استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢٧ ص ٣١ .

(٤) استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٧٨ .

(٥) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٢ ص ٤٤٨ - وانظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٤ ص ١٠٥٦ -

سريان التقادم يوقف بالقوة القاهرة إلى اليوم التالى أو إلى أول يوم صالح لاتخاذ الإجراء ، ولا يكتمل التقادم بانقضاء هذا اليوم دون أن يتخذ المالك إجراء يقطع به سريان التقادم (١) .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ينص على حساب مدة التقادم بالتقويم الهجرى ، كما كان الأمر فى عهد التقنين المدنى السابق حيث كان القضاء يحسب مدة التقادم وهى مأخوذة من الشريعة الإسلامية بالتقويم الهجرى (٢) . ولكن التقنين المدنى الجديد حذف النص على الحساب بالتقويم الهجرى ، فوجب الحساب بالتقويم الميلادى تطبيقاً لأحكام المادة ٣ مدنى وتنص على أن « تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى ، ما لم ينص القانون على غير ذلك (٣) » .

(١) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٤ ص ١٠٥٧ - ويذهب أكثر الفقهاء إلى عكس ذلك ، وإلى أن التقادم يكتمل باقتضاء اليوم الأخير ولو كان يوم عطلة (لوران ٣٢ فقرة ٢٥٥ - جيوان فقرة ٨٨ - ترولون ٢ فقرة ٨١٦ - أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٢ ص ٤٤٨ - بودرى وتيسيه فقرة ٥٨٣ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٩ ص ٧٠٩ - بلانيول وريير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٥٧ - أنسيلكوبيدى دالوز ؛ لفظ Prescription civile فقرة ١٠١ - محمد كامل مرسى ؛ فقرة ٦٦ ص ٦٩ - شفيق شحاته فقرة ٢٩٠ ص ٢٩٥ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٤٨ ص ٢٧٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٢١) . هذا وقد اعتمدنا على رأى الذى نقول به فى المتن على أن التقادم يوقف سريانه بالقوة القاهرة إذا كان آخر يوم فيه هو يوم عطلة ، إذ يتعذر اتخاذ إجراء قضائى فى هذا اليوم لقطع التقادم (أنظر من هذا رأى عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣١٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٨٧ - عبد الحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام ٣ ص ٢٣٠) .

(٢) استئناف مصر ١٧ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٢٨ ص ٨٤٩ - ١٦ يونيه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٥٠ ص ٢٧١ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٦ ص ٧٦٢ - ١٣ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١١٦ ص ٢٣٨ .

(٣) أنظر الوسيط ١٠ فقرة ٦١٤ ص ١٠٥٨ - وقد يقع أن يكون مدة التقادم الطويل قد اكتملت بحسب التقويم الهجرى قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد ، أى قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فيتم التقادم ويكسب الحائز ملكية العقار أو المنقول ، حتى لو لم تكن المدة قد اكتملت بحسب التقويم الميلادى . أما إذا كانت مدة التقادم المكسب الطويل لم تكتمل بالتقويم الهجرى قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإن التقادم يستمر سارياً ، ولكن تحسب المدة من أولها بالتقويم الميلادى تطبيقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد . فلو أن المدة التى انقضت قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ كانت خمس عشرة سنة هجرية إلا يوماً واحداً ، فإن التقادم فى هذه الحالة يحسب من أوله بالتقويم الميلادى . ويبقى على اكتمال المدة ، لا يوم واحد فحسب ، بل هذا اليوم مضافاً إليه عدد آخر من الأيام هو الفرق ما بين خمس عشرة سنة ميلادية وخمس عشرة سنة هجرية . فتكون المدة الباقية لا اكتمال التقادم فى الحالة التى نحن بصدددها هى مائة وتسعة وستون يوماً بدلاً من يوم واحد ، إذا حسبنا فى الخمس عشرة سنة ميلادية ثلاث سنوات كبيسة على الأقل (أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٤ ص ١٠٥٨) .

٣٨٢ - بدء سريان مدة التقادم : وينبني على ما قدمناه أن مدة التقادم يبدأ سريانها من اليوم التالي لليوم الذي بدأت فيه الحيازة ، أى فى منتصف الليل الذى يعقب مباشرة اليوم الذى بدأت فيه الحيازة . فقد قدمنا أن اليوم الذى بدأت فيه الحيازة فعلاً هو بالضرورة يوم ناقص أو هو جزء من يوم ، فلا يحسب Dies a quo non computatur in termino (١) .

٣٨٣ - بدء سريان مدة التقادم بالنسبة إلى الحقوق المتعلقة على شرط واقف أو المقررة بأجل واقف : فإذا كان الحق محل الحيازة حق ملكية مغلقاً على شرط واقف ، وجب تطبيق المادة ٣٨١ مدنى الواردة فى التقادم المسقط ، إذ أن المادة ٩٧٣ مدنى تقضى كما رأينا (٢) بأن تسرى قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ، ويدخل فى حساب المدة تحديد بدء سريانها (٣) . وقد نصت المادة ١/٣٨١ و ٢ فى خصوص التقادم المسقط على أنه « ١ - لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء . ٢ - وبخاصة لا يسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط ، وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق ، وبالنسبة إلى الدين المؤجل إلا من الوقت الذى ينقضى فيه الأجل » .

فإذا طبقنا هذه الأحكام على التقادم المكسب ، ترتب على ذلك أن المالك تحت شرط واقف لا يسرى فى حقه التقادم المكسب إلا من وقت تحقق الشرط . فقبل تحقق الشرط لم يكن حق المالك نافذاً وإن كان موجوداً ، والعبرة فى بدء سريان التقادم بنفاذ الحق لا بوجوده (٤) . فإذا باع شخص

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٥ ص ٧٠٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦ .

(٣) محمد على عرفة ٢ فقرة ١٤٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٨٨ ص ٥٨٨ وهامش ١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١١٠ ص ١٠٩ هامش ٢ (ويقتصر على التساؤل دون أن يثبت فى المسألة) .

(٤) الوسيط ٣ فقرة ٦١٦ ص ١٠٦١ - استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٠٢ - وعلى ذلك يبدأ سريان التقادم ، بالنسبة إلى الحق المعلق على شرط فاسخ ، من وقت وجود الحق لأنه يكون نافذاً من وقت وجوده (أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٦ ص ١٠٦٣) .

متزلاً لمشتري تحت شرط واقف ، أو أوصى بالمنزل لشخص معلقاً الوصية على شرط واقف ، كان المشتري أو الموصى له مالكاً للمنزل تحت شرط واقف . فإذا وضع الغير يده على المنزل قبل تحقق الشرط الواقف بنية تملكه ، أمكن لواضع اليد أن يملك المنزل بالتقادم المكسب . ولكن بدء سريان التقادم لا يكون من وقت الحيازة ، بل من وقت تحقق الشرط الواقف حيث تكون الملكية نافذة ، فيبدأ سريان التقادم من وقت نفاذها (١) .

ومثل الحق المعلق على شرط واقف الحق المقترن بأجل . فإذا كان لشخص حق انتفاع في منزل يوثر إليه بعد انقضاء زمن معين ، كان حق الانتفاع هذا مقترناً بأجل . فإذا وضع شخص يده على حق الانتفاع المؤجل أمكن أن يملكه بالتقادم ، ولكن لا يبدأ سريان التقادم وقت وضع اليد وقبل حلول الأجل ، لأن الحق لم يكن نافذاً في هذا الوقت وإن كان موجوداً . وإنما يبدأ سريان التقادم في الغرض الذي نحن بصدده من وقت حلول الأجل الواقف حيث يصبح حق الانتفاع نافذاً ، فيبدأ سريان التقادم من وقت نفاذه (٢) .

(١) كولان وكابيتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١١٩٣ - ولا يقال إن الشرط الواقف إذا تحقق كان لتحقيقه أثر رجعي فيعتبر المالك تحت شرط واقف مالكاً منذ وجود الشرط لا منذ تحققه ، فإن الأثر الرجعي للشرط ليس إلا من قبيل الافتراض أو المجاز (fiction) وليس للافتراض أو المجاز قوة الحقيقة ، ومن ثم لا ينفذ حق المالك تحت شرط واقف إلا بتحقيق الشرط ومن وقت تحققه ، والعبرة في بدء سريان التقادم بنفاذ الحق لا بوجوده . فالقاعدة إذن هي أن يبدأ سريان التقادم من وقت نفاذ الحق ، إذ أن صاحب الحق لم يكن يستطيع المطالبة به قبل استحقاقه . وينبغي أن يكون المالك في خلال مدة التقادم قادراً على المطالبة بحقه ولم يفعل ، فيتقادم الحق جزاء له على إهماله (أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٥ ص ١٠٥٩) .

(٢) ويذهب القضاء في فرنسا إلى هذا الرأي ، فلا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الحق المعلق على شرط واقف إلا من وقت تحقق الشرط ، وبالنسبة إلى الحق المقترن بأجل واقف إلا من وقت حلول الأجل . وعنده أن التقادم المكسب لا يقوم على الحيازة فحسب ، بل أيضاً على إهمال المالك في المطالبة بحقه ، ولا يكون المالك مهملاً إذا هو لم يطالب بحقه قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل إذ أنه كان لا يستطيع المطالبة بحقه في ذلك الوقت . أما القول بأن المالك كان يستطيع ، قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل أن يتخذ إجراءات تحفظية ومنها قطع التقادم ، فيمكن الرد عليه بأن الدائن تحت شرط واقف أو لأجل واقف كان يستطيع هو أيضاً اتخاذ هذه الإجراءات التحفظية ، ومع ذلك فلا نزاع في أن سريان التقادم بالنسبة إليه لا يبدأ -

٣٨٤ - بدء سريان مدة التقادم بالنسبة إلى الحقوق الاجتماعية :

قدمنا (١) أن الحق الاحتمالي هو حق ينقصه عنصر من عناصره الجوهرية ، والوصف في الحق الاحتمالي هو بالذات نقصان هذا العنصر الجوهرى . والفرق بين الحق الاحتمالي والحق المعلق على شرط واقف أنه يمكن تصور قيام الحق المشروط دون الشرط إذ أن الشرط أمر عارض ، أما الحق الاحتمالي فحق ينقصه عنصر من العناصر الجوهرية حتى يكون حقاً كاملاً كما سبق القول فلا يمكن تصور قيام هذا الحق الكامل دون استكمال هذا العنصر الجوهرى . ومن أمثلة الحق الاحتمالي حق الموصى له قبل أن يموت الموصى ، فلا يكون للموصى له قبل موت الموصى إلا حق احتمالي قد نقصه

= إلا من وقت تحقق الشرط أو من وقت حلول الأجل . أنظر في هذا المعنى في القضاء الفرنسى : نقض فرنسى ٤ مايو سنة ١٨٤٦ دالوز ٤٦ - ١ - ٢٥٥ - ٢٨ يناير سنة ١٨٦٢ دالوز ٦٢ - ١ - ٨٩ - ٩ يولييه سنة ١٨٧٩ دالوز ٧٩ - ١ - ٣٤٣ - ٨ يناير سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٠ - ١ - ٢٢٤ - ٢٦ أكتوبر سنة ١٩١٥ سيريه ١٩٢٠ - ١ - ٦ . وقد صدر حكم يقضى بأنه إذا باع صاحب حق الانتفاع العين المستفيع بها ، انتفاعاً ورقبة ، فإن المشتري يستطيع أن يملك الرقبة بالتقادم ، ويبدأ سريان التقادم من وقت وضع المشتري يده على العين حتى قبل انقضاء حق الانتفاع (ليموج ١٧ يولييه سنة ١٩٠٥ سيريه ١٩٠٧ - ٢ - ٣٠١) . وهذا الحكم لا يتعارض مع القضاء السابق ، فإن مالك الرقبة يملكها في الحال وليست ملكيته مقترنة بأجل هو انقضاء حق الانتفاع ، ومن ثم يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الرقبة من وقت وضع اليد ، ولا حاجة لتأخير سريانه إلى وقت انقضاء حق الانتفاع (بلائيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٧ ص ٧٠٧ - أنسيكلويدى دالوز لفظ Prescription civile فقرة ١٠٩ - محمد على عرفه ٢ فقرة ١٤٨ ص ٢٧٥)

أما الفقه في فرنسا فهو منقسم في هذه المسألة . فهناك رأى يؤيد القضاء الفرنسى فيما ذهب إليه (بلائيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٦ ص ٧٠٤ - ص ٧٠٥ - بلائيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٥٤ - بيدان ٤ فقرة ٧٧١ ص ٨٨٥ - ص ٨٥٦ - كولان وكابيتان ودى لا مورانديير ١ فقرة ١١٩٣) . وهناك رأى آخر يعارض القضاء الفرنسى ويذهب إلى أن التقادم يبدأ سريانه ، بالنسبة إلى الحق المعلن على شرط واقف أو المقترن بأجل واقف ، من وقت وضع اليد ولا يتأخر بدء السريان إلى وقت تحقق الشرط أو حلول الأجل (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٣ ص ٤٥٣ - ص ٤٥٧ - بودرى وتيسيه فقرة ٣٩٦ وما بعدها . بفنوار ص ٣٩٩ وما بعدها) . وهناك من الفقهاء من يكتفى بعرض القضاء والفقه في المسألة دون أن يتخذ موقفاً فيها (مازوفقرة ١٤٩٤ - مارقى ورينو فقرة ١٩٢ ص ٢٠٧ - كاربونييه ص ٢١٢) . وانظر في المسألة أنسيكلويدى دالوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ١٠٥ - فقرة ١١٠ :

(١) أنظر الوسيط ٣ فقرة ١٦ .

عنصر من العناصر الجوهرية لتكوينه وهو موت الموصى ، ولا يعتبر هذا الموت شرطاً بل هو عنصر من عناصر الحق . ومن أمثلة الحق الاحتمالى أيضاً حق الموعود له بالبيع ، فهذا الحق لا يوجد ولا يستكمل عناصره الجوهرية إلا إذا أبدى الموعود له رغبته فى الشراء ، ولا يعتبر إبداء الرغبة شرطاً بل هو عنصر من عناصر الحق .

وإذا كان الحق المعلق على شرط واقف والحق المقترن بأجل لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليهما إلا من وقت تحقق الشرط أو وقت حلول الأجل ، أى من الوقت الذى يصبح فيه الحق نافذاً ، فأولى أن يكون ذلك بالنسبة إلى الحق الاحتمالى . ومن ثم لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الحق الاحتمالى إلا من وقت استكمال عناصره الجوهرية ، وصيرورته حقاً موجوداً نافذاً . وعلى ذلك لا يبدأ سريان التقادم فى العين الموصى بها بالنسبة إلى الموصى له إلا من وقت موت الموصى ، ففى هذا الوقت فقط يوجد حق الموصى له وينفذ إذ يستكمل عناصره الجوهرية . وكذلك لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى حق الموعود له بالبيع إلا من وقت إبداء رغبته فى الشراء ، ففى هذا الوقت فقط يوجد حقه وينفذ باستكمال عناصره الجوهرية (١) .

٣٨٥ - القرينة على قيام الحيازة ما بين مدة التقادم وهرابنها -

نص قانونى : تنص المادة ٩٧١ مدنى على ما يأتى :

« إذا ثبت قيام الحيازة فى وقت سابق معين وكانت قائمة حالاً ، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها فى المدة ما بين الزمنين ، ما لم يقيم الدليل على العكس » (٢) . وهذا النص يماثل المادة ٢٢٣٤ من التقنين المدنى الفرنسى ،

(١) بلائيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٨ - بلائيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٥٥ - أنسيكلويدى دالوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ١١١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١١٢ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨٤ ص ٢٧٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٨٨ ص ٥٨٩ - ص ٥٩٠ - عكس ذلك بودرى وتيسيه فقرة ٤١٤ وما بعدها .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٢٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ولا يعتبر قيام الحيازة فى الحال قرينة على قيامها فى وقت سابق ، إلا إذا كان لدى الحائز سند يعطيه الحق فى الحيازة . ويعد فى هذه الحالة حائزاً من بدء التاريخ الثابت لهذا السند ، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٦ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٣ . وفى =

وهي تنص على أن « الحائز الحال الذي يثبت أنه قد حاز في وقت سابق [يفترض فيه أنه قد حاز في الفترة المتوسطة ما بين الزمنين ، إلا إذا ثبت عكس ذلك] . وهذه القاعدة كانت معروفة في القانون الفرنسي القديم ، نقلها واضعوا التقنين المدني الفرنسي عن Dunod وهو فقيه معروف من فقهاء القانون الفرنسي القديم المتأخرين ، ويعبر عنها بالعبارة اللاتينية الآتية (Probatis extremis media praesumuntur)

فيكفي الحائز إذن ، ليثبت أن حيازته دامت خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم المكسب الطويل ، أو دامت خمس سنوات وهي مدة التقادم المكسب القصير (١) ، أن يثبت أنه يحوز العين حالا ، وأنه قد حازها بنفسه أو بواسطة سلف له في زمن سابق يرجع إلى خمس عشرة سنة أو خمس سنوات من قبل . وعند ذلك يقيم القانون قرينة قانونية على أن الحيازة بقيت مستمرة في الفترة ما بين الزمنين ، أي بقيت مستمرة طوال مدة الخمس عشرة سنة أو طوال مدة الخمس السنوات بحسب الأحوال . وعلى ذلك يكون الحائز قد أثبت ، بفضل هذه القرينة القانونية ، على أنه بقي حائزاً طوال المدة اللازمة للتقادم . ولكن هذه القرينة القانونية قرينة قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للمالك أن يدحضها بأن يثبت بجميع طرق الإثبات أن

= لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية « اكتفاء بالقواعد العامة في وسائل إثبات الحيازة بالقرائن أو الشهود أو السندات » ، فأصبح النص ، تحت رقم ٩٧١ ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٠-٥٠١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ١٠٤٧/٧٨ : من أثبت وضع يده على عقار أو حقوق عينية مدة معينة ، وكان واضحاً يده في الحال ، فالمتوسط بين المدتين يعتبر وضع يده ، ما لم يثبت ما ينافي ذلك .

(وحكم التقنين المدني السابق يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٢٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٧٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٩٥ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٩ : إن وضع اليد الثابت وقوعه بزمان معين ،

ووضع اليد الحالي ، يرجحان قيام اليد في الفترة الواقعة بينهما ، ما لم يثبت خلاف ذلك .

(وحكم القانون اللبناني يتفق مع حكم التقنين المصري) .

(١) أو دامت سنة واحدة وهي المدة اللازمة في بعض دعاوى الحيازة .

الحيازة لم تستمر في الفترة ما بين الزمنين بأن انتزعت من الحائز مثلاً أو تخلى عنها ، أو يثبت أن الحيازة وإن استمرت فعلاً في الفترة ما بين الزمنين إلا أنها قد شابها عيب من عيوب الحيازة فجعلها غير صالحة لأن تؤدي إلى التملك بالتقادم (١) ؛

والواجب ، حتى تقوم القرينة القانونية سالفة الذكر ، أن يثبت الحائز أمرين : (١) أنه حائز للعين حالا ، حيازة مستوفية لجميع شرائطها أي خالية من العيوب ، بأن تكون الحيازة ظاهرة هادئة غير غامضة مستمرة ، واستمرار الحيازة معناه أن تكون الحيازة قد استقرت منتظمة على الوجه المألوف مدة تكفي لاعتبارها مستمرة ، وليس من الضروري أن تكون هذه المدة سنة فآية مدة يمكن أن يستخلص منها استمرار الحيازة وانتظامها تكفي (٢) . ويستطيع الحائز أن يثبت كل ذلك بجميع طرق الإثبات ، بما في ذلك البينة والقرائن والمعاينة ، لأنه إنما يثبت واقعة مادية . (٢) وأنه قبل خمس عشرة سنة أو قبل خمس سنوات ، كان هو أو سلفه من مورث أو موص أو بائع أو نحو ذلك يحوز العين هذه الحيازة المستوفية للشروط ، أي حيازة ظاهرة هادئة غير غامضة مستمرة ، ويكفي في الاستمرار هنا أيضاً أن تكون الحيازة قد دامت منتظمة على الوجه المألوف مدة تكفي لاعتبارها مستمرة ، وليس من الضروري أن تكون قد استمرت سنة كاملة (٣) . ويستطيع الحائز هنا أيضاً أن يثبت كل ذلك بجميع طرق الإثبات . ولا بد أن يثبت الحائز كلا من الأمرين المتقدمين الذكر ، ولا يغني إثبات أحدهما عن إثبات الآخر :

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٧ ص ٥٠٧ - ص ٥٠٨ - بودري وتيسيه فقرة ٢٤٥ مكررة - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٥ - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٠٨ - استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ٢٥٠ .

(٢) ونرى أن القرينة القانونية تكون قائمة ، حتى لو كان الحائز قد انتزعت منه الحيازة بحيث لا يستطيع إثبات أنه الحائز الحال ، وحتى لو لم يتردد هذه الحيازة في خلال السنة . ففى أثبت أنه كان حائزاً في وقت معين ولو لم يكن حائزاً حيازة حالية ، واثبت أنه كان حائزاً أيضاً في وقت أسبق أيا كان هذا الوقت ، قامت القرينة القانونية على استمرار الحيازة في الفترة ما بين هذين الوقتين .

(٣) بودري وتيسيه فقرة ٢١٥ .

فإثبات الحيازة السابقة لا يغني من وجود الحيازة الحالية ، كما أن إثبات الحيازة الحالية لا يفترض وجود الحيازة السابقة (١) .

وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٧١ مدنى سالفه الذكر يتضمنن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ولا يعتبر قيام الحيازة فى الحال قرينة على قيامها فى وقت سابق ، إلا إذا كان لدى الحائز سند يعطيه الحق فى الحيازة . ويعد فى هذه الحالة حائزاً من بدء التاريخ الثابت لهذا السند ، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك » (٢) . فكان إثبات الحيازة الحالية ، طبقاً لهذا النص ، يفترض وجود الحيازة السابقة ، بشرط أن يكون لدى الحائز سند كعقد شراء يعطيه الحق فى الحيازة ، وبشرط أن يكون هذا السند ثابت التاريخ . فإذا توافر هذان الشرطان افترض وجود حيازة سابقة من بدء التاريخ الثابت للسند ، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك . ومتى افترض وجود الحيازة السابقة ولم يقيم دليل عكسى ، افترض أيضاً افتراضاً قابلاً لإثبات العكس استمرار الحيازة من بدء التاريخ الثابت للسند إلى وقت قيام الحيازة الحالية وفقاً للقرينة القانونية التى تقدم ذكرها (٣) . ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذه الفقرة الثانية « اكتفاء بالقواعد العامة فى وسائل إثبات الحيازة بالقرائن أو بالشهود أو بالسندات » (٤) . وينبنى على حذف هذا النص أن وجود سند

(١) وإثبات قيام الحيازة فى وقت معين وقيامها حالاً من مسائل الواقع ، يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩ - ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٧ ص ٧٩٢ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٥ ص ٩١٢ - ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٧ ص ٣٥٠ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٤٧ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٤٩) .

(٢) أنظر آنفاً ص ١٠٢٠ هامش ٢ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « بل إن قيام الحيازة حالاً ، إذا كان لدى الحائز سند يعطى الحق فى الحيازة ، قرينة على قيامها فى وقت سابق هو بدء التاريخ الثابت لهذا السند ، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك . ويتبين من هذا أن الحائز إذا قدم لإثبات حيازته عقد بيع مثلاً ثابت التاريخ منذ خمس عشرة سنة ، فيكفى هذا العقد قرينة على أنه حاز منذ خمس عشرة سنة ، وأنه مستمر فى حيازته إلى اليوم ، وعلى خصمه أن يثبت العكس إذا ادعاه . وفى هذه القرائن تيسير عظيم لإثبات الحيازة ، بدءاً واستمراراً (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٨) .

(٤) أنظر آنفاً ص ١٠٢٠ هامش ٢ .

ثابت التاريخ يعطى الحق فى الحياة لا يكون قرينة قانونية على قيام الحياة وقت هذا التاريخ الثابت ، ولكن هذا لا يمنع من أن يكون قرينة قضائية يأخذ بها القاضى أو لا يأخذ ، وهى على كل حال قرينة قابلة لإثبات العكس (١) :

٣٨٦- ضم المدد فى حالة تعاقب الحائزين : ويقع فى العمل ألا

يكون شخص واحد هو الذى حاز العين ، وبقي بشخصه حائزاً لها مدة خمس عشرة سنة فملكها بالتقادم المكسب الطويل . بل يحدث كثيراً أن عدة أشخاص يتعاقبون على حياة العين ، فيعقب الوارث المورث ، أو يعقب المشتري البائع ، وعندئذ يكون هناك مجال لضم مدة حياة السلف إلى مدة حياة الخلف حتى يبلغ مجموع المدد خمس عشرة سنة ، وهى المدة اللازمة للتملك بالتقادم المكسب الطويل :

وقد سبق أن ميزنا فى هذا الصدد بين الخلف العام والخلف الخاص ، وبيننا كيف تضم المدد فى كل من الحالتين (٢) :

فكما يتعلق بالخلف العام ، سبق أن قررنا (٣) أن الوارث يستطيع أن يضم إلى مدة حياته مدة حياة مورثه . فإذا كان المورث سى^{*} النية فانتقلت الحياة مقترنة بسوء النية إلى الوارث ولو كان هذا الأخير حسن النية ، فإن الوارث يستطيع أن يكسب ملكية العين بالتقادم المكسب الطويل إذا ضم مدة حياة مورثه ، ولتكن خمس سنوات مثلاً ، إلى مدة حياته هو إذا بلغت عشر سنوات على الأقل . وإذا كان المورث عنده سبب صحيح وكان حسن النية وقت حصوله عليه ، فإن الحياة تنتقل إلى الوارث مقترنة بحسن النية

(١) أنظر أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٧ ص ٥٠٨ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٤٨ ص ١٩٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ - فقرة ٣٠٧ - وقد رأينا (أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧) أن

المادة ٩٥٥ مدنى تنص على أن « ١ - تنتقل الحياة للخلف العام بصفاتها ، على أنه إذا كان السلف سى^{*} النية وأثبت الخلف أنه كان فى حياته حسن النية ، جاو له أن يتمسك بحسن نيته .

٢ - ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حياته حياة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحياة من أثر . هذا ويجب على من يريد ضم مدة سلفه إلى مدته أن يبدى هذا الطلب أمام محكمة الموضوع ، فلا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض (نقض مدنى ١١ يناير سنة

١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٧ ص ٥٣٢) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٠١ .

وبالسبب الصحيح . فاذا كان المورث قد بقي حائزاً للعقار مدة سنتين ، كان للوارث ولو كان سيء النية ، إذا بقي حائزاً للعقار مدة ثلاث سنوات ، أن يضم إليها مدة حيازة سلفه وهي سنتان ، فيستكمل بذلك خمس السنوات اللازمة لتملك العقار بالتقادم المكسب القصير . وإذا كان المورث حسن النية وليس لديه سبب صحيح ، وبقي حائزاً للعقار مدة ست سنوات مثلاً ، ثم انتقلت الحيازة للوارث ، فإنها تنتقل إليه مقترنة بحسن النية ومجردة من السبب الصحيح كما كان الأمر في شأن المورث . ولا يستطيع الوارث في هذا الفرض أن يملك العقار بالتقادم القصير لانعدام السبب الصحيح ، ولا يبقى له إلا التملك بالتقادم الطويل ، سواء بقي حسن النية أو ثبت سوء نيته بعد انتقال الحيازة إليه . وفي الحالتين يستطيع ضم مدة حيازة مورثه المقترنة بحسن النية إلى مدة حيازته هو سواء بقيت مقترنة بحسن النية أو أصبحت مقترنة بسوء النية ، فيتملك بالتقادم الطويل إذا بقي حائزاً تسع سنوات أخرى إذ تضم إليها حيازة مورثه وهي ست سنوات (١) .

وفيما يتعلق بالخلف الخاص ، سبق أن قررنا (٢) أن له أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه ، أو أن يفصل ما بين الحيازتين ويتمسك باحدهما دون الأخرى ، وذلك تبعاً لما يرى له من المصلحة في ذلك . فاذا كان السلف سيء النية وبقي حائزاً للعين مدة عشر سنوات مثلاً ، ثم باع العين إلى مشتر هو أيضاً سيء النية ، فللمشتري أن يملك العين بالتقادم الطويل إذا هو بقي حائزاً لها مدة خمس سنوات أخرى إذ يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه . وإذا كان البائع حسن النية ولديه سبب صحيح ، وبقي حائزاً للعقار مدة سنتين ، ثم نقل الحيازة إلى المشتري وكان هذا أيضاً حسن النية ، فللمشتري أن يملك العقار بالتقادم القصير إذا هو بقي حائزاً له مدة ثلاث سنوات أخرى ، إذ يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه . وإذا كان البائع سيء النية ، وبقي حائزاً

(١) وقد قدمنا (أنظر آنفاً فقرة ٣٠١) أنه إذا كان المورث سيء النية وقت حصوله على السبب الصحيح ، فإن الحيازة تنتقل إلى وارثه مقترنة بسوء النية ، ولا يجديه بعد ذلك أن يثبت حسن نيته . وعلى ذلك لا يستطيع الوارث أن يملك في هذا الفرض إلا بالتقادم الطويل ، وله أن يضم مدة حيازة مورثه إلى مدة حيازته حتى يستكمل مدة التقادم الطويل .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٧ .

للعقار مدة أربع عشرة سنة مثلاً ، ثم باع العقار إلى مشتر حسن النية ، فالمشتري يستطيع أن يملك بالتقادم القصير إذا بقي حائزاً للعقار مدة خمس سنوات . ولكنه في هذا الفرض يفضل أن يملك بالتقادم الطويل ، إذ يستطيع في هذه الحالة أن يملك العقار إذا بقي حائزاً له مدة سنة واحدة بدلاً من خمس سنوات ، لأنه يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه . وإذا فرضنا العكس وكان البائع حسن النية ولديه سبب صحيح ، ولكنه لم يحز العقار إلا مدة أربع سنوات فقط ، ثم باعه إلى مشتر سىء النية يعلم أن العقار ليس مملوكاً للبائع ، فإن المشتري لا يستطيع أن يملك العقار بالتقادم القصير لأنه سىء النية . ولكنه يستطيع أن يملك العقار بالتقادم الطويل ، فإذا هو حازه إحدى عشرة سنة أخرى استطاع أن يضم إليها مدة حيازة البائع وهي أربع سنوات فيستكمل بها مدة التقادم الطويل . وللخلف الخاص أن يفصل ما بين حيازة سلفه وحيازته هو ، ويتمسك باحدهما دون الأخرى وذلك تبعاً لمصلحته . فله أن يتمسك بحيازته هو وحدها ، وأن يسقط حيازة سلفه . ويتحقق ذلك فيما إذا كان البائع سىء النية وحاز العقار لمدة ست سنوات مثلاً ، ثم باعه إلى مشتر حسن النية بقي حائزاً له مدة خمس سنوات . فهنا يستطيع المشتري أن يملك العقار بالتقادم القصير ، ولا يحتاج في ذلك إلا إلى التمسك بحيازته هو ، دون حيازة البائع . أما إذا أراد ضم حيازة البائع سىء النية ، فلا يستطيع أن يملك إلا بالتقادم الطويل ، فيحتاج إلى حيازة مدتها تسع سنوات بدلاً من خمس ، ولذلك يفضل أن يتمسك بحيازته هو المقترنة بحسن النية وبالسبب الصحيح دون حيازة البائع المقترنة بسوء النية (١) . وله أن يتمسك بحيازة سلفه دون حيازته هو إذا كانت له مصلحة في ذلك . وتحقق هذه المصلحة إذا كان البائع حسن النية ولديه سبب صحيح ، وكان المشتري سىء النية : فإذا كانت مدة حيازة البائع قد بلغت خمس سنوات وبلغت مدة حيازة المشتري ثمانى سنوات ، فإن من مصلحة المشتري أن يتمسك بحيازة البائع وحدها وأن يسقط حيازته هو . فقد بلغت حيازة البائع

(١) استئناف وطني ١١ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٤٧ ص ٤٣ - أول يونيو

سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٩٤ ص ٢٧٣ .

خمس سنوات وهو حسن النية ولديه السبب الصحيح وهذا كاف لتملك العقار بالتقادم القصير ، فتخلص للمشتري ملكية العقار نقلاً عن البائع كما خلصت له حيازته . أما إذا أراد المشتري أن يتمسك بمدة حيازته المقرنة بسوء النية ، فانه لا يستطيع أن يملك إلا بالتقادم الطويل ، ولو ضم مدة حيازة البائع وهي خمس سنوات إلى مدة حيازته وهي ثمانى سنوات ، لنقصه سنتان حتى يكمل المدة خمس عشرة سنة . فصلحته إذن في هذا الفرض هي ألا يتمسك بحيازته ، وأن يقتصر على التمسك بحيازة البائع .

٣ - وقف التقادم المكسب وانقطاعه

(١) وقف التقادم المكسب

(Suspension de la prescription)

٣٨٧ - سريان قواعد التقادم المسقط على وقف التقادم المكسب فيما

عدا حكماً واحداً - نص قانوني : رأينا (١) أن المادة ٩٧٣ مدني تقضي بأن تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بوقف التقادم مع مراعاة أحكام معينة . وقد قررت المادة ٩٧٤ مدني حكماً يخالف فيه وقف التقادم المكسب وقف التقادم المسقط ، فنصت على ما يأتي :

« أيا كانت مدة التقادم المكسب ، فانه يقف متى وجد سبب لوقفه (٢) » .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٥ من المشروع التمهيدي على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٩ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٥ - ص ٥٠٦) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .
ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٢٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٧٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل (ولكن وقت التقادم المسقط في التقنين العراقي يقف

أيا كانت مدة التقادم ولا يتقيد بتقادم مدته تزيد على خمس سنوات ، وكذلك يقف التقادم المكسب أيا كانت مدته) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

ويخلص مما تقدم أن قواعد التقادم المسقط في وقف التقادم تسرى على وقف التقادم المكسب ، فيما عدا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٨٢ مدني في شأن التقادم المسقط من أنه « لا يسرى التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية ، أو في حق الغائب ، أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً » . ويؤخذ من ذلك أن التقادم المسقط لا يوقف إذا كانت مدته لا تزيد على خمس سنوات ، وقد رأينا أن التقادم المكسب على خلاف التقادم المسقط يوقف سريانه أيا كانت مدته كما يقضي بذلك نص المادة ٩٧٤ مدني فيما قدمنا . ونستعرض في ضوء ما تقدم قواعد وقف التقادم المسقط لنطبقها على وقف التقادم المكسب ، مع مراعاة ما اختص به التقادم المكسب من هذا الحكم الخاص الذي أشرنا إليه (١) .

٣٨٨- القاعدة العامة في وقف التقادم - القاعدة التقليدية التي تقضي بأن

يوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق قطع سريانه

تقضي بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق قطع سريانه : وردت القاعدة العامة في وقف التقادم ، في شأن التقادم المسقط ، في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ مدني ، وتنص على ما يأتي : « لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبياً . وكذلك لا يسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب » (٢) . ويسرى هذا النص

(١) ويلاحظ أن وقف سريان التقادم غير تأخير سريان التقادم . فوقف سريان التقادم يفترض أن التقادم قد بدأ سريانه فعلاً ، ثم عرض من الأسباب ما يقف هذا السريان ، وعند ذلك لا تحسب المدة التي وقف فيها سريان التقادم وتحسب المدة التي سبقت والمدة التي تلت . أما تأخير سريان التقادم فيفترض أن التقادم لم يبدأ سريانه ، فهو إذن لا يقع إلا منذ البداية ولا يتصور وقوعه معترضاً سريان التقادم بعد أن بدأ ، وذلك كتأخير سريان التقادم حتى يتحقق الشرط الواقف أو حتى يحل الأجل الواقف . أنظر في ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٢٠ . (٢) أنظر تاريخ هذا النص وما يقابله في التقنين المدني السابق في الوسيط ٣ فقرة ٦٢١ ص ١٠٦٩ هامش ٢ وص ١٠٧٠ هامش ١ .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٧٩ (مطابق - ويسرى على التقادم المكسب بموجب المادة

على التقادم المكسب بموجب المادة ٩٧٣ مدني ، فلا يسرى التقادم المكسب كلما وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبياً ، وكذلك لا يسرى التقادم المكسب فيما بين الأصيل والنائب .

وقد استحدث التقنين المدني الجديد على هذا الوجه تعديلاً هاماً في أسباب وقف التقادم ، فبعد أن كانت هذه الأسباب مذكورة على سبيل الحصر في التقنين المدني السابق (١) أسوة بالتقنين المدني الفرنسي ، أصبحت في التقنين المدني الجديد سبباً عاماً يندرج تحته كثير من الأسباب ، فكلما وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه يقف سريان التقادم ، ولو كان هذا المانع أدبياً .

وقد أخذ التقنين المدني الجديد في ذلك بقاعدة تقليدية كانت معروفة في القانون الفرنسي القديم ولا يزال القضاء الفرنسي يأخذ بها على خلاف الفقه الفرنسي ، وهي تقضي بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق أن يقطع سريانه *contra non valentem agere non currit proscriptio* . فأى مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يقطع التقادم يكون سبباً في وقف سريانه .

٣٨٩ - موقف الفقه الفرنسي والقضاء الفرنسي من القاعدة التقليدية :

لم ينقل التقنين المدني الفرنسي هذه القاعدة التقليدية ، بل هو قد عدل أسباب وقف التقادم ، وقرر في المادة ٢٢٥١ منه أن التقادم يسرى في حق كل شخص إلا إذا كان الشخص مستثنى بموجب نص في القانون .

= التقنين المدني الليبي م ٣٦٩ (مطابق - ويسرى على التقادم المكسب بموجب المادة ٩٧٧ مدني ليبي) .

التقنين المدني العراقي م ٤٣٥ (يوافق - ويسرى على التقادم المكسب بموجب المادة ١١٦٢ مدني عراقي) قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٦٦ : لا يسرى مرور الزمن ، في المسائل العقارية ، لا على الغائبين ولا على فاقدي الأهلية بمقتضى القانون .

(١) وبالرغم من ذكر أسباب وقف التقادم في التقنين المدني السابق على سبيل الحصر ، فقد كان القضاء المصري في عهد هذا التقنين يتوسع في هذه الأسباب توسع القضاء الفرنسي . فقد قضت محكمة النقض بأن التقادم يقف كلما استحال على صاحب الحق ، مادياً أو قانونياً ، أن يطالب بحقه ، فهو يقف بالنسبة إلى كل صاحب حق حالت بينه وبين المطالبة بحقه قوة قاهرة (نقض مدني ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩ ص ٣٧) .

فالتقنين المدني الجديد لم يفعل إلا أن قنن القضاء المصري في هذا الشأن . وانظر أيضاً

استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٦٣ .

وعلى ذلك يأبى الفقه الفرنسى الأخذ بالقاعدة التقليدية القديمة ، فلا يسلم بوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق أن يقطع سريانه : ويحتج لذلك بأن هذه القاعدة التقليدية إنما قامت فى القانون الفرنسى القديم على أساس أن التقادم إنما وجد لعقاب صاحب الحق المهمل ، فإذا ثبت أنه لم يهمل بل تعذر عليه أن يطالب بحقه فلا محل إذن للتملك ضده بالتقادم : وكان الفقهاء الأولون الذين قالوا بهذه القاعدة فى القانون الفرنسى القديم يقصرونها على الموانع القانونية التى تحول دون أن يطالب صاحب الحق بحقه ، ولكن ما لبثت القاعدة أن اتسعت حتى شملت الموانع القانونية والموانع المادية جميعاً ، فانطوى فى القاعدة جميع الأحوال التى يتعذر فيها على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، من قصر وجنون وحجر وقيام حرب وانقطاع مواصلات وغيبة منقطعة وجهل بالحق وقوة قاهرة وغير ذلك : وكان للقانون الكنسى ، وهو ينزع إلى التضييق من نطاق التقادم ، أثر كبير فى توسيع القاعدة : ويذهب الفقه الفرنسى إلى أن التقنين المدنى الفرنسى أراد القضاء على هذه القاعدة القديمة بما تجره من اضطراب ومنازعات ، فنص فى المادة ٢٢٥١ منه على أن التقادم يسرى فى حق كل شخص إلا إذا كان الشخص مستثنى بموجب نص فى القانون : فأسباب وقف التقادم إذن مذكورة ، فى نظر الفقه الفرنسى ، على سبيل الحصر فى نصوص القانون ، وليست متفرعة عن قاعدة عامة كالقاعدة سالفة الذكر : وأيا كان المانع الذى يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، فإن هذا المانع لا يكون سبباً لوقف التقادم إلا إذا ورد به نص صريح فى القانون : ويزيد الفقه الفرنسى على ما تقدم أن التقادم لم يعد يقوم على فكرة عقاب صاحب الحق المهمل ، وهى الفكرة التى تعتبر من أقوى المبررات للقاعدة التقليدية القديمة ، بل يقوم التقادم على فكرة تثبيت الأوضاع القائمة ودعم الثقة المشروعة حتى يستقر التعامل : وهى فكرة يستوى عندها أن يقوم مانع يحول دون أن يطالب صاحب الحق بحقه أو لا يقوم ، ففى الحالتين ينبغى أن يملك الحائز بالتقادم العين التى يحوزها حتى تتوطد الثقة المشروعة وتستقر الأوضاع القانونية (١) :

(١) أنظر فى هذا المعنى لوران ٢٢ فقرة ٣٧ - ميك ١٤ فقرة ٤١٥ - بودرى -

أما القضاء الفرنسي فلم يساير الفقه الفرنسي فيما ذهب إليه ، بل قصر نص المادة ٢٢٥١ مدني فرنسي على أسباب وقف التقادم التي ترجع إلى حالة الشخص كما هو ظاهر النص ، فهذه الأسباب مذكورة على سبيل الحصر في نصوص القانون . أما الأسباب التي لا ترجع إلى حالة الشخص ، بل ترجع إلى ظروف خارجية ، فهي غير مذكورة على سبيل الحصر ، ويميل القضاء الفرنسي في شأنها إلى تطبيق القاعدة التقليدية المشار إليها ، فأى مانع خارجي يتعذر معه على صاحب الحق أن يقطع التقادم يكون سبباً في وقف سريانه : ويذهب القضاء الفرنسي إلى أن المقصود بالمادة ٢٢٥١ مدني فرنسي هو القضاء على الامتيازات التي كان يتمتع بها بعض الأشخاص في القانون الفرنسي القديم ، كالكنيسة والهيئات العامة وأملاك التاج ، فكان التقادم لا يجري في حقها أو يجري تقادم أطول (١) . فقضى النص بأن التقادم يجري في حق كل شخص ، دون تمييز بين شخص وآخر ، ما لم يرد نص خاص يقف سريان التقادم بالنسبة إلى طائفة معينة من الأشخاص نظراً لحالة شخصية قائمة بها ، كما وردت المادة ٢٢٥٢ مدني فرنسي في خصوص القصر والمحجورين . أما إذا كان المانع الذي يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه لا يرجع إلى حالة شخصية ، فهذا أمر آخر لم تعرض له المادة ٢٢٥١ . ويطبق القضاء الفرنسي القاعدة التقليدية القديمة في هذا النطاق بعد أن يخرج الموانع التي ترجع إلى حالة شخصية فيجعلها خاضعة للمادة ٢٢٥١ (٢) : فعنده إذا تعذر على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، بسبب حرب أو غزو أو ثورة أو انقطاع المواصلات أو إقفال المحاكم أو غيبة

١ - وتيسيه فقرة ٣٦٧ - فقرة ٣٦٨ - كولان وكايتان ودي لامورانديرا فقرة ١١٩٢ ص ٩٧٠ - ٩٧١ . وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩ - ويذهب أوبري ورو إلى الأخذ بالقاعدة التقليدية القديمة بشرط أن تكون مقصورة على الموانع القانونية وحدها ، فلا يعتد بالموانع المادية أسباباً لوقف التقادم إلا إذا ورد بها نص صريح في القانون (أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٤ وهوامش ٢٩ إلى ٣٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٨ في آخرها .

(٢) أنظر في موقف القضاء الفرنسي من هذه المسألة بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٦ و٧٣٩ و٧٤٢ ص ٧٣٩ و٧٤٣ فقرة ٧٤١ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة

منقطعة أو جهل صاحب الحق بحقه جهلاً مغتفراً أو غير ذلك ، كان هذا كافياً لوقف سريان التقادم (١) . وهذا الاتجاه الذي سار فيه القضاء الفرنسي ، ومن شأنه أن يخفف من حدة ما قد ينطوى عليه التقادم من إنكار لحقوق ثابتة ، هو الذي أخذ به التقنين المدني المصري الجديد (٢) .

٣٩٠ - موقف التقنين المدني المصري الجديد من القاعدة التقليدية : وقد كان التقنين المدني المصري السابق قد حذا حذو التقنين المدني الفرنسي في مصر أسباب وقف التقادم كما سبق القول (٣) . ولكن التقنين المدني المصري الجديد قد عدل عن هذه المحاذاة ، وجعل التقادم يقف لا بالنسبة إلى ناقص الأهلية والمحجورين فحسب ، ولا فيما بين الأصيل والنائب فحسب ، بل بوجه عام يقف سريان التقادم كلها وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً (٤) . فجاءت عبارة النص من حيث العموم والشمول بحيث تذكر بالقاعدة التقليدية في القانون الفرنسي القديم ، التي تقضى بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق أن يقطع سريانه (٥) .

(١) وتقضى محكمة النقض الفرنسية بأن التقادم لا يسرى في حق من يستحيل عليه العمل بسبب مانع ناجم عن القانون أو عن الاتفاق أو عن القوة القاهرة ، واستحالة العمل مسألة واقع يبت فيها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض (نقض فرنسي ٢٢ يونيو سنة ١٨٥٣ سيرية ٥٥ - ١ - ٥١١ - ١٠ ديسمبر سنة ١٨٥٥ سيرية ٥٦ - ١ - ٤٢٩ - ٢٧ مايو سنة ١٨٥٧ دالوز ٥٧ - ١ - ٢٩٠ - ١٩ يوليو سنة ١٨٦٩ دالوز ٧٠ - ١ - ٧٥ - ٣ يناير سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٢ - ١ - ٢٢ - ٢٨ يونيو سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٠ - ١ - ٣١٠ - ٢٠ يناير سنة ١٨٨٠ دالوز ٨٠ - ١ - ٦٥ - ١٨ نوفمبر سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ١ - ١٠١ - ٢١ مايو سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٤٢٢) . وانظر أيضاً في قضاء محاكم الاستئناف الفرنسية إكس ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٠ سيرية ١٩٢٢ - ٢ - ٤٦ - باريس ١٦ مارس سنة ١٩٤٩ J. C. P. ١٩٤٩ - ٤٩٦٠ .

(٢) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦٢٢ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٨ .

(٤) أنظر المادة ١/٣٨٨ مدني آنفاً فقرة ٣٨٨ .

(٥) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، في صدد التقادم المسقط ، ما يأتي : « بيد أن أهم جديد أتى به المشروع في هذا الصدد هو النص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إذا كان ثمة مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه في الوقت المناسب ، ولو كان هذا المانع أدبياً . ولم ير إيراد الموانع على سبيل الحصر - كالحرب وحالة الأحكام العرفية -

ويشفع للتقنين المدني الجديد في مسلكه هذا أنه ، بعد أن أخذ مدة التقادم من الشريعة الإسلامية وجعلها خمس عشرة سنة وهي مدة لا تبلغ إلا نصف المدة المقررة في التقنين المدني الفرنسي ، لم ير بأساً من أن تطول هذه المدة بالعدر الشرعى ، وهو ما أخذت به الشريعة الإسلامية أيضاً عندما قررت عدم جواز سماع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعى . ذلك أن مدة التقادم والعذر الشرعى أمران يتلازمان ، وقد أخذ التقنين الجديد فيهما معاً بأحكام الشريعة الإسلامية . وما العذر الشرعى إلا قيام المانع الذى يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، والعذر الشرعى والمانع كلاهما يمكن تقريبه من القاعدة الفرنسية القديمة التى كانت تقضى بوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق قطع سريانه .

على أنه من المصلحة أن تضبط ، من ناحية التطبيق ، حدود المانع الذى يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ، حتى لا يختل الأساس الذى قام عليه التقادم . فالتقادم إنما شرع لصيانة الأوضاع القائمة المستقرة ، فلا يجوز إهدار هذه الصيانة ، ويجب التشدد في ضبط أسباب وقف التقادم . وقد ورد من هذه الأسباب ، في نص التقنين المدني المصرى وفي المذكرة الإيضاحية وفي التقنينات الأجنبية نقص الأهلية والحجر ، والعلاقة ما بين الأصيل والنائب ، والعلاقة ما بين الزوجين ، والعلاقة ما بين الأصول والفروع ، والعلاقة ما بين الشخص المعنوى ومديره ، والعلاقة ما بين المخدم والخادم ، وحالة ما إذا

= والأسر وصلة الزوجية والخدمة - على غرار ما فعلت بعض تقنينات أجنبية . بل عمم الحكم لتشبه مع ما يقضى به العقل ، ولا سيما أن ضبط حدوده من طريق التطبيق غير عسير . وتطبيقاً لهذا الحكم يقف سريان التقادم بين الزوج وزوجته ما بقيت الزوجية قائمة ، وبين المحجور ومن ينوب عنه قانوناً ما بقى قائماً على الإدارة ، وبين الشخص المعنوى ونائبه ما بقيت النيابة النيابة قائمة ، وبين الموكل والوكيل فيما يدخل في حدود التوكيل ، وبين السيد والخادم طوال مدة التعاقد ، لأن بين كل من أولئك وكل من هؤلاء على التوالي صلة تبعث على الاحترام والثقة أو الرهبة يستحيل منها على الدائن أدبياً أن يطالب بحقه . وتجدر الإشارة إلى أن اتحاد الذمة مانع طبيعى من موانع سريان المدة ، فإذا زال السبب الذى أفضى إلى اجتماع صفتى الدائن والمدين زوالاً مستنداً ، وعاد الدين إلى الوجود ، اعتبر التقادم قد وقف طوال الفترة التى تحقق الاتحاد فى خلالها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٩) .

كان صاحب الحق غائبا غيبة اضطرارية في سفر أو أسر أو نحو ذلك ، وحالة اتحاد الذمة . وهذه كلها أسباب تتعلق بالشخص : شخص صاحب الحق كما في القصر والحجر والغيبة والأسر واتحاد الذمة ، أو العلاقة بينه وبين الحائز كما في العلاقة بين الزوجين وبين الأقارب وبين المخدم والخادم : وبعض هذه الموانع مادية ، وبعضها موانع أدبية . وقد تقوم موانع يتعذر معها أن يطالب صاحب الحق بحقه وترجع ، لا لأسباب تتعلق بالشخص ، بل لظروف مادية أقرب ما تكون إلى القوة القاهرة كقيام حرب أو نشوب فتنة أو إعلان الأحكام العرفية أو انقطاع المواصلات . (١) ونستعرض كلا من هذين النوعين من أسباب وقف التقادم في التقنين المدني المصري (٢) :

(١) ويجيز القضاء الفرنسي أن يتفق الطرفان على وقف سريان التقادم لمدة معينة لأسباب تستوجب ذلك ، كما إذا اتفقا على وقف التقادم في خلال مدة تحقيق جنائي أو تحقيق إداري أو في خلال المدة التي تلور فيها مفاوضات للصلح ، ومن ثم تطول مدة التقادم بقدر ما وقف من سريانه (نقض فرنسي ٢٢ يونيو سنة ١٨٥٣ دالوز ٥٣ - ١ - ٣٠٢ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٧ - ١ - ٢٢٤ - ٢١ مايو سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٤٢٢) . ويقول بودري وتيسيه إنه ليس في هذا الاتفاق ما ينشئ أسباباً جديدة لوقف التقادم ، وإنما هو تطبيق لحرية التعاقد فيما لا يصطدم مع النظام العام . وليس في النظام العام ما يمنع من الاتفاق على تأخير رفع الدعوى أو على وقف سريان التقادم لتحقيق مصلحة أو لقيام ضرورة ، فقد أجاز القانون إضافة أجل للدين فكن الطرفين بذلك من وقف التقادم إلى حلول هذا الأجل (بودري وتيسيه فقرة ٦٣ - فقرة ٦٦) .

(٢) أنظر في ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٢٣ - هذا ويجري القضاء الفرنسي القاعدة التي تقضي بوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق قطع سريانه ، أكثر ما يكون ، عندما يقوم المانع في آخر مدة التقادم ، فتكتمل مدة التقادم والمانع لا يزال قائماً : عند ذلك يعتبر هذا المانع قوة قاهرة حالت دون أن يتخذ صاحب الحق الإجراءات القانونية للمطالبة بحقه . أما إذا قام المانع في وسط مدة التقادم ، ثم زال مع بقاء مدة طويلة بعد زواله وقبل أن يكتمل التقادم ، فإنه لا يعتد بهذا المانع ، ولا يعتبر التقادم موقوفاً في أثناء قيامه ، فقد كان عند صاحب الحق مدة طويلة بعد زوال المانع يستطيع في خلالها المطالبة بحقه (بلاينول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩ - بلاينول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٢ ص ٧٣٩) .

وقد كان القضاء في مصر ، في عهد التقنين المدني السابق ، يجري على هذا المبدأ . فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المانع الوقتي لا يقف سريان التقادم ، ولكن للقاضي أن يعنى صاحب الحق من الحكم بالتقادم إذا باشر حقوقه بمجرد زوال المانع . أما إذا زال المانع الوقتي ولا يزال أمام صاحب الحق مدة كافية لاستعمال حقه وأهمل استعماله حتى انتهت جميع =

٣٩١ - أسباب وقف التقادم التي تتعلق بالشخص : أهم هذه الأسباب

هو السبب المتعلق بناقصي الأهلية والمحجورين . وسواء كانت مدة التقادم هي خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم الطويل ، أو كانت خمس سنوات وهي مدة التقادم القصير ، فإن التقادم يقف سريانه في حق ناقصي الأهلية والمحجورين^(١) . وقد نصت المادة ٩٧٤ مدني صراحة ، كما رأينا^(٢) ، على أنه « أيا كانت مدة التقادم المكسب ، فإنه يقف متى وجد سبب لوقفه » . ويجب التمييز في هذا الصدد بين ما إذا كان للمحجور نائب يمثله أو ليس له نائب . ففي حالة ما إذا كان له نائب لا يقف سريان التقادم ، وعلى النائب أن يقطع التقادم وأن يطالب بحق محجوره ، وإلا كان هو المسئول نحو المحجور . وهذا حكم استحدثته التقنين المدني الجديد ، فقد نصت المادة ٢/٣٨٢ من هذا التقنين في صدد التقادم المسقط على أنه « لا يسرى التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب ، أو في حق المحكوم عليه بعقوبة

= المدة ، فإنه يجب الحكم بالتقادم (استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٦ ص ٧٦٢) . ولما كان التقنين المدني الجديد جاء نصه صريحاً في أن المانع أيا كان يقف التقادم ، ولم يذكر أسباباً محددة على سبيل الحصر لوقف التقادم كما فعل التقنين المدني الفرنسي ، مما دعا القضاء في فرنسا في الموانع التي لم يرد بها نص إلى اعتبارها بمثابة القوة القاهرة فلا يكون لها أثر إلا إذا قامت في آخر مدة التقادم فنعت صاحب الحق من المطالبة بحقه قبل اكتمال هذه المدة ، فإن هذه الاعتبارات لا محل لها أمام النص الصريح للتقنين المدني المصري ، ويجب اعتبار أي مانع ولو توسط مدة التقادم ولم يجيء في آخرها سبب توقف سريان التقادم (الوسيط ٣ فقرة ٦٣٦ ص ١٠٨٦ هامش ٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٩٦ ص ٦٠٦ هامش ١ - عكس ذلك محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٥١ ص ٢٨٠ - ص ٢٨١) .

(١) وهذا بخلاف التقادم المسقط ، فقد نصت المادة ٢/٣٨٢ مدني في شأن هذا التقادم على أنه « لا يسرى التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً » . فالتقادم المسقط لا يقف سريانه في حق المحجورين ، إلا إذا كانت مدته تزيد على خمس سنوات ولم يكن للمحجور نائب يمثله قانوناً (أنظر في تفصيل ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٢٤ ص ١٠٧٨ - ص ١٠٨٠) . أما التقادم المكسب ، الذي نحن بصدد ، فيقف سريانه في حق المحجورين ، سواء كان تقادماً طويلاً مدته خمس عشرة سنة أو كان تقادماً قصيراً مدته خمس سنوات (أنظر م ٩٧٤ مدني آنفاً فقرة ٣٨٧) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٧ .

جنائية ، إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا ، وذلك تضيقا من أسباب وقف التقادم باقفال مالا تقوم الضرورة لتبريره . وفي حالة ما إذا لم يكن للمحجور نائب يمثله ، فهنا يقف التقادم لقيام الضرورة إذ لا يوجد نائب عن المحجور يقطع التقادم (١) .

وقد يقوم مانع يتعلق بالشخص ، غير القصر والحجر ، يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه . من ذلك الغيبة الاضطرارية لسجن أو أسر أو نحو ذلك ، وهذه غير الغيبة المنقطعة التي يقام من أجلها وكيل للغائب والتي تدخل في أسباب الحجر سالفة الذكر . فيقف سريان التقادم ، إلى أن تهبأ لصاحب الحق أسباب العودة لمباشرة أعماله : وتقرير ما إذا كان هذا المانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه مسألة واقع ، تترك لتقدير قاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض (٢) .

وقد يكون المانع من أن يطالب صاحب الحق بحقه هي العلاقة القائمة بينه وبين الحائز للعين . فالعلاقة ما بين الزوجين مانع أدبي لأي منهما من أن يطالب الآخر بحقه ، وإلا تعكر صفو السلام في الأسرة . فوجب وقف سريان التقادم ما دامت علاقة الزوجية قائمة ، ويعود التقادم إلى السريان بمجرد أن تنقصر عرى الزوجية لموت أو طلاق أو غير ذلك (٣) . والعلاقة ما بين الأصول والفروع

(١) أنظر في هذه المسألة الوسيط ٣ فقرة ٦٢٤ ص ١٠٧٩ - ص ١٠٨٠ .

(٢) أما إفلاس صاحب الحق فليس سبباً لوقف التقادم ، وعلى السنديك أن يقطع التقادم (استئناف محتلط ٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٧٣) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض في عهد التقنين المدني السابق بأن اعتبار علاقة الزوجية مانعة من المطالبة بالحق أو غير مانعة من الأمور الموضوعية التي تختلف في الدعاوى بحسب ظروفها ، والقضاء فيها لا يخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢١ ص ٤٧) . أما في التقنين المدني الجديد ، حيث النص صريح في وقف سريان التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا فالواجب أن تكون علامة الزوجية في الأصل مانعا أدبيا من سريان التقادم . على أنه قد يقع أن ينفصل الزوجان ، ويقوم الشقاق بينهما مع بقاء الزوجية قائمة ، فلا يعود هناك محل للخشية من تعكير صفو السلام في الأسرة بعد أن تعكر فعلا ، لاسيما إذا كانت هناك قضايا مرفوعة بين الزوجين . في هذه الحالة يمكن القول بأن سبب وقف التقادم قد زال ، وهذه مسألة في واقع لا معقب فيها على تقدير قاض الموضوع (الوسيط ٣ فقرة ٦٢٤ ص ١٠٨١ -

هى أيضا مانع أدبى . وقد يكون مانعا أدبيا علاقة القرابة أيا كانت ، مادامت علاقة وثيقة واقرنت بملابسات تؤكد معنى المنع ، كالعلاقة ما بين الأشقاء، وعلاقة الأعمام والأخوال بأولاد الأخ أو أولاد الأخت ، وهذه مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع . والعلاقة ما بين الأصيل والنائب مانع يقف سريان التقادم ، وقد ورد نص صريح فى هذا المعنى فى المادة ١/٣٨٢ مدنى كما رأينا (١) . ويدخل فى ذلك العلاقة ما بين الموكل والوكيل ما دامت الوكالة قائمة ، وذلك فى حدود أعمال الوكالة . كما تدخل العلاقة ما بين الولى أو الوصى أو القيم بالمحجور ما دام الحجر قائما . وكذلك تدخل العلاقة ما بين الشخص المعنوى والمدير ، ما دامت صفة الإدارة قائمة (٢) .

ويقف سريان التقادم فى جميع الموانع التى قدمناها ، أيا كانت مدة التقادم: خمس عشرة سنة أو خمس سنوات .

٣٩٢- أسباب وقف التقادم التى ترجع إلى ظروف مادية اضطرارية :

وقد يرجع المانع ، لا إلى اعتبار يتعلق بالشخص ، بل إلى ظرف مادي اضطرارى يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه . فيقف سريان التقادم أيا كانت مدته ، خمس عشرة سنة أو خمس سنوات .

من ذلك قيام حرب مفاجئة ، أو نشوب فتنة ، أو إعلان حالة الطوارئ، إذا كان شىء من هذا قد منع المحاكم من مباشرة أعمالها فلا يتمكن صاحب الحق من المطالبة قضائيا بحقه .

ومن ذلك أيضا انقطاع المواصلات بحيث لا يتمكن صاحب الحق من اتخاذ الإجراءات اللازمة للمطالبة بحقه ، فيقف سريان التقادم لهذا المانع .

= هامش (٢) . أنظر فى أن قيام الزوجية، فى عهد التقنين المدنى السابق ، كان سببا لوقف التقادم: استئناف مصر ٩ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٤٥ ص ٨٨ - وفى أنها لم تكن سببا لوقف التقادم فى عهد هذا التقنين : استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩٠ .

- (١) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٨ .

(٢) ولا تعتبر علاقة الموظف بالحكومة مانعا أدبيا من شأنه وقف التقادم (محكمة القضاء الإدارى ٣٠ مايو سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ رقم ٩١٥ ص ١٧٣٩) - وانظر كل ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٢٤ .

والمسألة موكولة إلى تقدير قاضى الموضوع ، ولا معقب على هذا التقدير من محكمة النقض .

ومن ذلك أخيراً جهل صاحب الحق بوجود حقه من غير تقصير منه ، فيكون ذلك مانعاً يقف سريان التقادم (١) . وقد قضت محكمة النقض بأن الجهل باغتصاب الحق قد يكون من الأسباب الموقفة للتقادم ، إذا لم يكن ناشئاً عن إهمال صاحب الحق ولا تقصيره ، فإذا كان الحكم قد نفي عن صاحب الحق كل إهمال أو تقصير من جانبه في جهله باغتصاب ملكه ، فإنه لا يكون مخطئاً إذ اعتبر مدة التقادم لا تحسب في حقه إلا من تاريخ علمه بوقوع الغصب على ملكه (٢) .

٣٩٣ - الأثر الذى يترتب على وقف التقادم : ومتى وقف سريان التقادم لسبب أو لآخر من الأسباب التى تقدم ذكرها ، فإن المدة التى وقف سريان التقادم فى خلالها لا تحسب ضمن مدة التقادم ، وتحسب المدة السابقة والمدة اللاحقة .

فلو أن شخصاً وضع يده على عين مملوكة للغير ، وبقي واضعاً يده عشر

(١) استئناف محتلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٢ - نقض فرنسى ١١ يونيه سنة ١٩١٨ سيريه ١٩٢٢ - ١ - ٢١٧ - ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ جازيت دى باليه ١٩٤١ - ٢٣٨ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٣ - بلانيول وريير بولانجيه ١ فقرة ٣٢١٣ - أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ prescription civile فقرة ٢٢٥ - وقارن أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٤ هامش ٣٣ - بودرى وتيسيه فقرة ٣٧١ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٥١ ص ٢٨٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩٤ ص ٦٠٢ .

(٢) نقض مدنى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمره رقم ٣٠٣ ص ٦٠٢ - وانظر الوسيط ٣ فقرة ٦٢٥ - ويلاحظ هنا أن التقادم قد وقف قبل أن يبدأ سريانه فهو بمثابة تأخير لسريان التقادم (الوسيط ٣ فقرة ٦٢٥ ص ١٠٨٣ هامش ٢) - ونرى من ذلك أنه لا يشترط فى المانع ما يشترط فى القوة القاهرة ، ويكفى فى المانع أن يقوم دون أن يكون مصدره خطأ صاحب الحق حتى يقف سريان التقادم ، وعلى هذا الأساس اعتبر جهل صاحب الحق بوجود حقه من غير تقصير منه مانعاً يقف التقادم ، وقد لا يكون هذا الجهل قوة القاهرة بالمعنى اللغوي . ومن ثم يحسن فصل الفكرتين - المانع والقوة القاهرة - إحداهما عن الأخرى . والأمر فى تقدير المانع يترك لقاضى الموضوع ، ولا معقب عليه من محكمة النقض (الوسيط ٣ فقرة ٦٢٥ ص ١٠٨٣ هامش ٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٦ ص ٤٠٩) .

سنوات ، ثم مات المالك وورثه قاصر لم يعين له وصي إلا بعد سنتين من موت المورث ، فإن التقادم يقف سريانه مدة هاتين السنتين . وتحسب المدة التي سبقت السنتين وهي عشر سنوات ، فيبقى للقاصر من وقت تعيين وصي له خمس سنوات يقطع فيها التقادم . فإذا انقضت خمس سنوات من وقت تعيين الوصي دون أن يقطع التقادم ، اكتمل للحائز مدة خمس عشرة سنة يتملك بانقضائها العين بالتقادم المكسب الطويل ، بعد أن يكون قد وضع يده على العين سبع عشرة سنة منها سنتان وقف فيهما سريان التقادم (١) .

ب - انقطاع التقادم

(Interruption de la prescription)

٣٩٤ - أسباب انقطاع التقادم المكسب : رأينا (٢) أن المادة ٩٧٣ مدني

تقضي بأن تسرى قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بانقطاع التقادم ، وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب . وقد ورد في التقادم المسقط أن هذا التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية (م ٣٨٣ مدني) ، كما ينقطع باقرار المدين بحق الدائن (م ٣٨٤ مدني) (٣) . وهذان السببان لانقطاع التقادم المسقط ينطبقان على التقادم المكسب ، فينقطع

(١) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦٢٦ - وقد قضت محكمة النقض بأن القاعده الصحيحة في احتساب مدة التقادم ألا تحسب المدة التي وقف سيره في خلالها ضمن مدة التقادم ، وإنما تعتبر المدة السابقة على الوقف معلقة حتى يزول سبب الوقف ، فإذا زال يعود سريان المدة وتضاف المدة السابقة إلى المدة اللاحقة (نقض مدني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٥٦ ص ١٠٥٠) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦ .

(٣) أما المادة ٣٨٥ مدني ، وهي متعلقة أيضاً بانقطاع التقادم المسقط ، فتنص على أنه « ١ - إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد ، يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون مدته هي مدة التقادم الأول . ٢ - على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي ، أو كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه باقرار المدين ، كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة ، إلا أن يكون الدين المحكوم به متضمناً لالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم » . وسنبين ، فيما يتعلق بكل سبب من أسباب انقطاع التقادم المكسب الأثر الذي يترتب عليه ، فلا نطبق من أحكام المادة ٣٨٥ سالفه الذكر إلا ما يتفق مع طبيعة التقادم المكسب .

هذا التقادم بالمطالبة القضائية وباقرار الحائز بحق المالك . ويضاف إلى هذين السببين سبب ثالث خاص بالتقادم المكسب لأن طبيعة هذا السبب تستعصى على التقادم المسقط ، وهو انقطاع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن الحيازة أو فقدها ولو بفعل الغير (م ٩٧٥ مدني) .

ويمكن تقسيم هذه الأسباب الثلاثة لانقطاع التقادم المكسب إلى أسباب تصدر من الحائز وهي إقرار الحائز بحق المالك وتخليه عن الحيازة أو فقدها إياها ، وأسباب تصدر من المالك وتقتصر على المطالبة القضائية الصادرة من المالك . كذلك يمكن تقسيم أسباب انقطاع التقادم المكسب إلى أسباب انقطاع مدنية (interruption civile) وهي المطالبة القضائية وإقرار الحائز بحق المالك ، وأسباب انقطاع طبيعية (interruption naturelle) وتقتصر على تخلي الحائز عن الحيازة أو فقدها إياها . ونستعرض أسباب انقطاع التقادم المكسب الثلاث ، دون نظر إلى تقسيمها ، فنبحث انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية ، وانقطاعه باقرار الحائز بحق المالك ، وانقطاعه بتخلي الحائز عن الحيازة أو فقدها إياها (١) .

٣٩٥ - السبب الأول لانقطاع التقادم المكسب - المطالبة القضائية :

تنص المادة ٣٨٣ مدني فيما يتعلق بالتقادم المسقط على أن « ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة ، وبالتنبيه ، وبالجز ، وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو في توزيع ، وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه في إحدى الدعاوى (٢) . ولا يكاد ينطبق من هذا

(١) والفرق بين انقطاع التقادم ووقفه أن في وقف التقادم لا تحسب المدة التي وقف في خلالها ولكن تحسب المدة السابقة والمدة اللاحقة كما سبق القول ، أما في انقطاع التقادم فنرى أنه لا تحسب المدة التي انقطع فيها التقادم ولا المدة التي سبقت الانقطاع ، ولا تحسب إلا المدة التي تلت زوال أثر الانقطاع إذا كان هناك محل لبدء تقادم جديد . وتنص المادة ٢٦٣ من قانون الملكية العقارية اللبناني على أنه «إذا انقطع مرور الزمن ، فلا تحسب مدة وضع اليد السابقة لإشغال العقار» .

(٢) أنظر في تاريخ هذا النص وفيما يقابله في التقنين المدني السابق وفي التقنينات المدنية العربية الأخرى الوسيط ٣ فقرة ٦٢٨ - وقد ورد في قانون الملكية العقارية اللبناني نص خاص بقطع التقادم المكسب بالمطالبة القضائية ، فنصت المادة ٢٦٥ من هذا القانون على أن «ينقطع مرور الزمن أيضاً إذا طالب صاحب العقار بحقه بدعوى قضائية ، بشرط ألا يكون قد ترك دعواه تسقط» .

النص على التقادم المكسب إلا المطالبة القضائية . أما التنبيه (١) والحجز (٢) والطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو فى توزيع ، فيفترض كل ذلك دائناً يطالب بدين له ، فلا ينطبق إلا على التقادم المسقط .

وعلى ذلك ينقطع التقادم المكسب بمطالبة صاحب الحق بحقه مطالبة قضائية (demande judiciaire) ، أى بإقامة دعوى بحقه

(١) وقد يتصور أن يكون التنبيه (commandement) قاطعاً للتقادم المكسب فيما إذا كان المالك بيده ورقة رسمية تعطيه الحق فى تسلم العقار من الحائز فيستطيع أن ينبه على الحائز بموجب هذه الورقة تنبيهاً رسمياً أن يسلمه إياه ، فيقطع التقادم بهذا التنبيه . كما يجوز أن المالك يرفع دعوى استحقاق على الحائز فيقطع التقادم بهذه الدعوى ، ويحصل على حكم بالاستحقاق فيبدأ سريان تقادم جديد من وقت صدور هذا الحكم . ويعمد المالك بعد ذلك إلى التنبيه على الحائز بموجب الحكم تمهيداً للتنفيذ ، فيقطع التقادم الجديد بهذا التنبيه (بودرى وتيسيه فقرة ٥١٢ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٦٣ ص ٢٦٤ - شفيق شحاته فقرة ٢٩٢ ص ٢٩٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٧ ص ٤١٣) . وقد كان التقنين المدنى السابق ينص صراحة على أن التنبيه يقطع التقادم المكسب ، فكانت المادة ١١٠/٨٢ من هذا التقنين تنص على أن « تنقطع المدة المقررة للملك بوضع اليد إذا ارتفعت اليد ولو بفعل أجنبى . وتنقطع المدة المذكورة أيضاً إذا طلب المالك الاسترداد بأن كلف واضع اليد بالحضور للمرافعة أمام المحكمة أو نبه عليه بالرد تنبيهاً رسمياً مستوفياً للشروط اللازمة ولولم يستوف المدعى دعواه ، إنما يشترط فى ذلك عدم سقوط الدعوى بمضى الزمن » . وإذا قطع المالك التقادم بالتنبيه على الوجه سالف الذكر ، فإن تقادماً جديداً يسرى فوراً عقب التنبيه (الوسط ٣ فقرة ٦٣٧ ص ١١١٧) .

أما تنبيه نزع الملكية وما يتبعه من إجراءات نزع الملكية فهى إجراءات موجهة من الدائن قبل مدينه ، وأثرها الوحيد هو قطع المدة المسقطه للدين ، ولا تأثير لها على من يكون واضعاً يده على العقار المتزوع ملكيته وسائراً فى طريق تملكه بمضى المدة ، فإن مدة وضع يده المكسبة للملك لا يقطعها إلا رفع دعوى الملكية عليه من المالك الحقيقى (استئناف مصر ١٠ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٧١ ص ١٧٠) .

(٢) ويتصور بعض الفقهاء جواز قطع التقادم المكسب بالحجز إذا وقع المالك حجزاً ضد الحائز للوفاء بالمبالغ المحكوم بها الواردة فى الحكم الذى يقضى بالاستحقاق (محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٦٩ ص ٢٩٢ - شفيق شحاته فقرة ٢٩٢ ص ٢٩٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٧ ص ٤١٤) . ويبدو أن توقيع الحجز فى هذا الفرض إنما يقطع التقادم المسقط بالنسبة إلى المبالغ المحكوم بها ، أما إذا بدأ الحائز تقادماً مكسباً جديداً بالنسبة إلى العين المحكوم باستحقاقها ، فإن الحجز لا صلة له بهذا التقادم الجديد ، والظاهر أنه لا يقطعه .

(citation en justice) (١) . فلا بد إذن أن يصل صاحب الحق ، حتى يقطع التقادم ، إلى حد المطالبة القضائية ، فلا تكفى المطالبة الودية ولو بكتاب مسجل أو بإنذار رسمي على يد محضر (sommation) (٢) .

ولا يكفى لقطع التقادم مجرد اتخاذ إجراءات تحفظية ، كطلب وضع العين تحت الحراسة (٣) . كذلك لا يكفى لقطع التقادم المطالبة القضائية أمام قاضى الأمور المستعجلة ، لأن القضاء المستعجل غير مختص إلا بإجراءات وقتية عاجلة لا تمس موضوع الحق ، ويترتب على ذلك أن دعوى إثبات الحالة لا تقطع التقادم (٤) . ولكن إذا تضمنت المطالبة القضائية أمام القضاء المستعجل ، عن خطأ ، طلبات فى موضوع الحق ، أمكن اعتبار المطالبة القضائية فى هذه الحالة مطالبة بموضوع الحق أمام محكمة غير مختصة فتقطع التقادم (٥) . ولا يكفى أيضاً لقطع التقادم طلب المعافاة من الرسوم القضائية ، ولو انتهى

(١) ويعتبر مطالبة قضائية المطالبة بطريق الدفع ، والطلبات العارضة ، ودعاوى المدعى عليه ، والتدخل فى الخصومة (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٧٣ - ص ٤٧٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٧ ص ٧٢٨) . وتقول المادة ٣٨٣ مدنى فى هذا المعنى كما رأينا : « وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه فى إحدى الدعاوى » . أنظر نقض مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٢٤ ص ١٨٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩٩ ص ٦١٢ .

(٢) نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥١ رقم ٣٩ - استئناف وطنى ٣ مارس سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٢٦ ص ٥٧ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٤٠ ص ٦١ - ١٨ أبريل سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٤١ ص ٧٢ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ٦ رقم ٢٩٩ ص ٤٢٥ .

(٣) استئناف وطنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٣٣٠ ص ١٨٤ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٥٤ - فقرة ٢٥٥ .

(٤) بنى سويف ٢ يونيه سنة ١٩١٤ الحقوق ٣١ ص ١٩ .

(٥) نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٤ ص ٤٢٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٩ - مارتى ورينو فقرة ١٩١ ص ٢٠٥ هامش ٢ - أنسيكلويدى دالوز ٤ لفظ prescription civile فقرة ١٥١ .

الأمر إلى قبول الطلب ، فإن هذا لا يعتبر مطالبة قضائية بالحق ذاته (١) .
كذلك لا يكفي لقطع التقادم التظلم المرفوع إلى سلطة إدارية ، فإن هذا التظلم
لا يعتبر مطالبة قضائية .

فالواجب إذن ، لقطع التقادم ، أن يطالب المالك الحائز بملكية العين
مطالبة قضائية ، أى أن يرفع عليه دعوى الاستحقاق (٢) . وتصدر المطالبة
القضائية من المالك ، أو من نائبه كوكيل أو ولى أو وصى أو قيم أو دائن للمالك
يستعمل حقوق مدينه . ولما كان قطع التقادم لا يقتضى أهلية التقاضى بل تكفى
فيه أهلية مباشرة الإجراءات التحفظية ، لذلك يجوز للقاصر ولمن تتوافر فيه
أهلية الإدارة أن يقوم بالمطالبة القضائية التى تقطع التقادم . فتصح المطالبة
القضائية فى هذه الحالة من حيث أثرها فى قطع التقادم ولكن يجب للاستمرار
فى التقاضى من التوافر على أهلية التقاضى ، ومن ثم يجب أن يتدخل فى الدعوى
الولى أو الوصى أو القيم لتصحيح الإجراءات ولاستبقائها قائمة (٣) . وتوجه
المطالبة إلى الحائز الذى ينتفع بالتقادم أو إلى من ينوب عنه ، فلو وجهت إلى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لايعاب على الحكم ألا يعد طلب الإعفاء من الرسوم
قاطعاً للمدة ، ولو كان الفصل فيه قد تأخر أمام اللجنة حتى فانت مدة التقادم ولم يتسن لذلك رفع
الدعوى فى الوقت المناسب ، فإن صاحب الحق ، وهو المطالب بالمحافظة عليه ، قد كان عليه
أن يبادر بتقديم طلبه حتى لا يفوت عليه الوقت (نقض مدنى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة
عمر ٤ رقم ٧ ص ١٠) - وانظر استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم
٤٩٠ ص ٩٨٣ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢١٨ ص ٤١٨ - ١٣ مايو سنة
١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٧٦ ص ٢٣٨ .

(٢) ويطالبه بالعين ذاتها ، وقد قضت محكمة النقض بأن صحيفة الدعوى المرفوعة بحق
ما لا تعتبر قاطعة للتقادم إلا فى خصوص هذا الحق أو ما التحق به من توابعه ، مما يجب
لزوماً بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه . فإن تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما ، فالطلب الحاصل
بأحدهما لا يكون قاطعاً لمدة التقادم بالنسبة إلى الحق الآخر (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١
مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥١ رقم ٤١) .

وتعتبر الدعوى المرفوعة أمام محكمين قاطعة للتقادم ، ويعود التقادم إلى السريان عند
انتهاء مأمورية المحكمين (بودرى وتيسيه فقرة ٥١١) .

(٣) ويجوز لمن له حق إدارة الشركة أن يرفع الدعوى قبل الحصول على الإذن الواجب
من مجلس الإدارة ، فيقطع التقادم ، ثم يحصل بعد ذلك على الإذن الواجب للاستمرار فى الدعوى
وتصحيح الإجراءات (بودرى وتيسيه فقرة ٤٨٤) .

مستأجر منه ليست له صفة في تمثيله فإنها لا تقطع التقادم (١) . ويرفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز لقطع التقادم طبقاً لأحكام المادة ٧٥ مرافعات المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ . وتنص هذه المادة على أنه « على المدعى أن يقدم لقلم كتاب المحكمة وقت تقديم صحيفة دعواه صوراً منها بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم الكتاب . ويقيد قلم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك ، بعد أن يثبت تاريخ الجلسة المحددة لنظرها في أصل الصحيفة وصورها ، ثم يعيدها إلى المدعى ليتولى تسليمها إلى قلم المحضرين لإعلانها . وتعتبر الدعوى قاطعة للتقادم أو السقوط من وقت تقديم صحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملاً ، أما باقي الآثار التي تترتب على رفع الدعوى فلا تسرى إلا من وقت إعلان المدعى عليه بصحيفتها . فتعتبر دعوى الاستحقاق إذن قاطعة للتقادم المكسب من وقت تقديم صحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملاً ، ولو أن المدعى عليه الحائز للعين لم يعلن بعد بصحيفة الدعوى (٢) .

٣٩٦ - رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة : وقد جاء في صدر المادة ٣٨٣ مدني ، كما رأينا (٣) ، أنه « ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة » . فإذا أخطأ المالك ورفع الدعوى على الحائز أمام محكمة غير مختصة ، فإن المطالبة القضائية تقطع التقادم بالرغم من عدم

(١) ولا يعتبر البائع مثلاً للمشتري في الدعاوى اللاحقة للتاريخ الثابت لعقد البيع (نقض مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩) . وتوجه الدعوى في الوقف إلى ناظره (نقض مدني ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٧ ص ٧٣٩) .

(٢) وفي المشروع الجديد لتقنين المرافعات تنص المادة ١/٦٣ منه على أن « ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ، ما لم ينص القانون على غير ذلك » . فالأصل إذن ، طبقاً لمشروع تقنين المرافعات ، أن الدعوى تعتبر مرفوعة ، وتقطع التقادم ، من وقت إيداع صحيفة قلم كتاب المحكمة ، أي قبل تقديم صحيفة الدعوى إلى قلم المحضرين . وعلى المدعى عند تقديم صحيفة دعواه إلى قلم كتاب المحكمة أن يؤدي الرسم كاملاً (م ١/٦٥ مشروع تقنين المرافعات) ، ويقيد قلم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك ، وعليه في اليوم التالي على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إلى قلم الكتاب (م ٦٧ مشروع تقنين المرافعات) .

وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٢٩ ص ١٠٩٠ - ص ١٠٩٤ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٥ .

اختصاص المحكمة (١) . وذلك لسببين : (أولهما) أن القواعد التي يقوم عليها اختصاص المحاكم قد تكون معقدة في بعض الأحوال ، فيلتبس الأمر على المالك ويرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، فرفع الدعوى يكتفى لقطع التقادم بالرغم من عدم اختصاص المحكمة . ويفرض القانون أن المالك لم يرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة إلا عن خطأ مغتفر ، إذ لا مصلحة له في تكبد المصروفات وإضاعة الوقت في رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة إلا إذا كان قد وقع في هذا الخطأ (٢) . (والسبب الثاني) أن المالك ، وقد رفع الدعوى على الحائز يطالبه بحقه ، قد أظهر بذلك نيته المحققة في أنه يريد تقاضي هذا الحق قضائياً . ويستوى في ظهور هذه النية أن تكون الدعوى مرفوعة أمام محكمة مختصة أو أمام محكمة غير مختصة ، وهذه النية من جانب المالك هي الأصل في قطع التقادم .

ويستوى أن تكون المحكمة غير مختصة اختصاصاً محلياً أو غير مختصة اختصاصاً نوعياً ، ففي الحالتين ينقطع التقادم . ويبدو أن رفع الدعوى إلى محكمة لا ولاية لها (défaut de juridiction) ، كرفع الدعوى أمام القضاء الإداري وهي من اختصاص القضاء العادي أو العكس ، يقطع التقادم لنفس السببين اللذين قدمناهما في رفع الدعوى إلى محكمة لا اختصاص لها ، فمسائل الولاية أشد تعقيداً في بعض الأحوال من مسائل الاختصاص ، ونية المالك في المطالبة بحقه قضائياً محققة (٣) .

(١) استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٤ .

(٢) لذلك إذا كان المدعى عالماً بحقيقة الأمر أو كان عدم ولاية المحكمة أو عدم اختصاصها من الواضح بحيث لا يكون هناك أي محل لبس فالظاهر أن التقادم لا ينقطع ، وقد قضت محكمة النقض بأن رفع الدعوى بالدين المحال به لأجنبي أمام المحكمة المختلطة وحكم هذه المحكمة بعدم الاختصاص لأن الحوالة صورية لا يقطع التقادم إذا رفعت الدعوى أمام المحكمة الوطنية المختصة (نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٦ ص ٥٣٥) . وقضى بأن رفع الدعوى ابتداءً إلى محكمة الاستئناف لا يقطع التقادم (استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤٤) ، وبأن رفع دعوى الإرث أمام المحكمة الشرعية لا يقطع التقادم بالنسبة إلى الحائز لعين من أعيان التركة (أسيوط الكلية ٢٣ سبتمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٢٨ ص ٢٥٨) .

(٣) استئناف وطني ٢٧ مايو سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٦٠ ص ١٣٥ - ٣٠ مارس سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ١١١ ص ٢٦٥ - وقرب نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٦ ص ٥٣٥ - محمد كامل مرسي ٤ فقرة ٢٤٩ ص ٢٥٦ - عكس ذلك محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٥٥ ص ٢٨٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩٩ ص ٦١٤ .

وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٢٩ ص ١٠٩٥ - ص ١٠٩٦ .

٣٩٧ - بطبره صحيفة الدعوى وترك الخصومة وسقوطها ورفض

الدعوى : تنص المادة ٢٢٤٧ مدنى فرنسى على أنه « إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة لعيب فى الشكل ، أو ترك المدعى الخصومة ، أو جعلها تسقط بمضى المدة ، أو رفضت دعواه ، فإن انقطاع التقادم يعتبر كأن لم يكن » . وليس فى التقنين المدنى المصرى مقابل لهذا النص ، ولكن النص ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بأحكامه فى مصر (١) .

فصحيفة الدعوى ، إذا كانت باطلة لعيب فى الشكل ، فليس لها وجود قانونى ، ولا يترتب عليها أى أثر ، ومن ثم لا تقطع التقادم (٢) .

كذلك إذا كان المالك ، بعد أن رفع الدعوى على الحائز فقطع التقادم ، ترك الخصومة بإعلان منه للحائز على يد محضر أو بتقرير منه فى قلم الكتاب أو ببيان صريح فى مذكرة موقع عليها منه أو من وكيله مع اطلاع خصمه عليها أو بإبدائه شفوياً بالجلسة وإثباته فى المحضر (م ٣٠٨ مرافعات) ، مع ملاحظة قبول الحائز لترك المالك الخصومة إذا كان الحائز قد أبدى طلباته فى الدعوى قبل صدور الترك من المالك (م ٣٠٩ مرافعات) ، فانه يترتب على الترك إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما فى ذلك صحيفة الدعوى والحكم على التارك بالمصاريف ، ولكن لا يمس ذلك الحق المرفوعة به الدعوى (م ٣١٠ مرافعات) . ويخلص من ذلك أنه إذا ترك الدائن الخصومة على النحو الذى قدمناه ، ترتب على هذا الترك إلغاء صحيفة الدعوى وإلغاء ما ترتب عليها من آثار ، ومن ذلك

(١) استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٠٣ - ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٩ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٧ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٣ - ٢٢ مارس سنة ١٩٣٨ م ٤١ ص ١٨٠ .

(٢) نقض مدنى ٧ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١١٦ ص ٧٧٤ - استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠٥ - ٢٦ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٩٩ . ومع ذلك قارن استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٠٥ - وينتقد الفقه الفرنسى التناظر بين الحكم القاضى بأن المطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة تقطع التقادم والحكم القاضى بأن المطالبة القضائية الباطلة شكلاً لا تقطع التقادم ، مع أن البطلان فى الحالة الأولى يرجع إلى المالك وفى الحالة الأخيرة قد يرجع المحضر (ماركاديه م ٢٢٤٢ فقرة ٣ - لوران ٢٢ فقرة ٩٧ - جيوار فقرة ٢٠٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣١ ص ٧٢٩ - ص ٧٣٠ - وقارن بودري وتيسيه فقرة ٤٩٨ ص ٣٧٦) .

انقطاع التقادم فيعتبر هذا الانقطاع كأن لم يكن . ويعتبر التقادم الذي كان قد بدأ سريانه مستمرا أبدا في السريان . فإذا كان التقادم وقت ترك الخصومة قد اكتمل ، فإن الحائز يكسب الحق بالتقادم المكسب . أما إذا كان التقادم لم يكتمل ، فإن ترك الخصومة لا يمس الحق الذي رفعت به الدعوى ، ولكن التقادم يستمر في سريانه إلى أن يكتمل فيكسب الحائز الحق ، أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فيبدأ تقادم جديد^(١) .

وإذا قضى بسقوط الخصومة لانقضاء سنة من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي دون أن يسار في الدعوى بفعل المالك أو امتناعه ، وذلك وفقا للمواد ٣٠١ - ٣٠٣ مرافعات ، فإن الحكم بسقوط الخصومة يترتب عليه إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك صحيفة الدعوى ، ولكنه لا يسقط الحق في أصل الدعوى (م ٣٠٤ مرافعات) . ويخلص من ذلك أن الحكم بسقوط الخصومة يترتب عليه إلغاء صحيفة الدعوى بما ترتب عليها من الآثار ، ومن ذلك قطع التقادم . فيعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن ، وأن التقادم لا يزال ساريا منذ البداية . فإن كان قد اكتمل وقت الحكم بسقوط الخصومة كسب الحائز الحق ، وإن كان لم يكتمل فإن الحكم بسقوط الخصومة لا يسقط الحق نفسه ، ولكن التقادم يستمر في سريانه إلى أن يكتمل فيكسب الحائز الحق ، أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فيبدأ تقادم جديد . فإذا وقف السير في الدعوى أكثر من سنة ولم يطلب ذوو الشأن من الخصوم الحكم بسقوط الخصومة ، انقضت الخصومة في جميع الأحوال بمضي خمس سنوات على آخر إجراء صحيح (م ٣٠٧ مرافعات) . وانقضاء الخصومة يقع بحكم القانون ، بمجرد انقضاء خمس السنوات ، دون حاجة إلى صدور حكم بذلك . ومتى انقضت الخصومة على هذا النحو ، فقد ألغيت جميع إجراءاتها ، وألغيت صحيفة الدعوى وما ترتب عليها من الآثار ، ويدخل في ذلك انقطاع التقادم . فيعتبر هذا الانقطاع كأن لم يكن ، وأن التقادم لا يزال ساريا منذ البداية . فإذا كان

(١) على أن ترك الخصومة ، إذا كان سببه رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، لا يكون من شأنه أن يلغى الأثر الذي ترتب على صحيفة الدعوى من قطع التقادم ، فقد تقدم القول إن المطالبة القضائية تقطع التقادم ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة (الوسيط ٣ فقرة ٦٢٩ ص ١٠٩٨) .

قد اكتمل وقت انقضاء الخصومة ، فقد كسب الحائز الحق بالتقادم المكسب . وإن كان لم يكتمل استمر في السريان إلى أن يكتمل فيكسب الحائز الحق ، أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فيبدأ تقادم جديد .

بقي الفرض الأخير ، وهو زوال انقطاع التقادم برفض الدعوى . وقد يقال ما دام المدعى قد رفضت دعواه ، فهو لا يستطيع رفعها من جديد ، وإلا دفعها الحائز ، لا باكتمال التقادم بعد أن زال ما أصابه من انقطاع ، ولكن بقوة الأمر المقضى . فلا حاجة إذن للبحث في زوال انقطاع التقادم واحتمال تكامله بعد هذا الزوال . ولكن الفقه الفرنسي يجيب على ذلك بأن هناك أحوالا يفيد فيها القول بأن التقادم قد زال انقطاعه ، وأنه مستمر في سريانه منذ البداية . ويتحقق ذلك فيما إذا رفع المالك الدعوى على الحائز فقطع التقادم ، ثم رفضت دعواه لسبب لا يرجع إلى موضوع الحق . فقد ترفض دعواه مثلا بالحالة التي هي عليها ، فيستطيع رفعها من جديد بعد أن يستوفي الشروط التي كانت غير متوافرة . فإذا رفعت الدعوى الجديدة ، لم يستطع الحائز أن يدفعها بقوة الأمر المقضى ، ولكن له أن يدفعها بالتقادم إذا كان قد اكتمل . ولا يستطيع المالك أن يعترض على ذلك بأن التقادم قد انقطع برفع الدعوى الأولى ، فإن الدعوى الأولى بعد أن رفضت قد زال أثرها في قطع التقادم^(١) .

٣٩٨ - ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب بالمطالبة القضائية : وإذا

انقطع التقادم المكسب بالمطالبة القضائية ، بقي أثر الانقطاع قائما ما دامت الدعوى قائمة . فإذا انتهت بحكم نهائي يقضى للمالك بطلباته ، واسترد المالك

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٥٠٥ - وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٢٩ ص ١٠٩٦

- ص ١١٠٠ .

وقد يقضى بشطب الدعوى عملا بأحكام قانون المرافعات القديم ، وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه إذا كان قد قضى بشطب دعوى في ٢٠ من أكتوبر سنة ١٩٤٥ ، فإن هذا القرار لا يترتب عليه إعمال الفقرة الثانية من المادة ٩١ مرافعات جديد باعتبار الدعوى كأن لم تكن لبقائها مشطوبة ستة أشهر دون أن يطلب المدعى السير فيها ، وذلك لصدر هذا القرار في ظل قانون المرافعات القديم المعمول به حتى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، بما يترتب عليه أن تظل الدعوى منتجة لكافة آثارها المتعلقة بقطع التقادم بالرغم من شطبها مادام أنه لم تتخذ بشأنها إجراءات سقوط الخصومة التي كان معمولا بها في ذلك القانون (نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ ص ٧٥٦) .

العين ، ولكن الحائز عاد إلى حيازتها مدة أخرى بنية تملكها ، بدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة ، ولو كان التقادم الأول مدته خمس سنوات لأن الحائز أصبح سىء النية . وكذلك يبدأ تقادم جديد ولو لم يسترد المالك العين وبقيت في يد الحائز ، واستمر هذا في حيازتها بنية تملكها (١) . أما إذا انتهت الدعوى برفض طلبات المالك (٢) ، أو بترك المالك للخصومة ، أو بسقوط الخصومة بسنة أو بخمس سنوات ، فقد قدمنا (٣) أن هذا يترتب عليه إلغاء صحيفة الدعوى بما أحدثته من الآثار ومنها قطع التقادم ، فيعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن ، وأن التقادم لا يزال سارياً منذ البداية . وقد تنتهى الدعوى ، إذا رفعت إلى محكمة غير مختصة ، بحكم نهائى بعدم الاختصاص . وفي هذه الحالة تبقى صحيفة الدعوى حافظة لأثرها من قطع التقادم ، ويظل التقادم منقطعاً طوال المدة التى تستغرقها الدعوى المقامة ، ثم يسرى من يوم صدور الحكم النهائى بعدم الاختصاص تقادم جديد له صفات التقادم الذى قطع ومدته ، ويكون خاضعاً لنفس القواعد التى تسرى عليه (٤) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الواقع أن مصلحة الأملاك أقامت دعوى سنة ١٩٢٦ ضد الطاعن بطلب تثبيت ملكيتها إلى قدر معين من الأطنان قضى فيها ابتدائياً برفضها ، ولما استأنفته قضى فى ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ بإلغاء الحكم المستأنف بتثبيت ملكيتها للقدر الذى تدعيه ، فرفع الطاعن التماساً عن هذا الحكم قضى فيه بتاريخ ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ بعدم قبوله ، وقد ظل واضحاً يده على هذه الأطنان ولم تنفذ مصلحة الأملاك الحكم الصادر لها ، متى أقام الطاعن دعواه الماثلة على المطعون عليها فى ٩ فبراير سنة ١٩٤٧ بطلب تثبيت ملكيته لهذا القدر المقضى فيه لمصلحة الأملاك ، مؤسساً دعواه على اكتمال تقادم جديد إثر صدور حكم محكمة الاستئناف فى ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ ، فان هذا التقادم لا ينقطع إلا بعمل جازم من قبل مصلحة الأملاك التى يسرى التقادم ضدها . وإذا كان التماس مرفوعاً من الطاعن فانه لا يكون له أثر فى قطع هذا التقادم ، ومن ثم فان الحكم المطعون فيه إذ قضى على خلاف هذا النظر يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (نقض مدنى ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٠ ص ٥٢٨) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الدعوى إذا رفضت يزول أثرها فى قطع التقادم ، فيعتبر الانقطاع كأن لم يكن والتقادم الذى كان قد بدأ قبل رفعها مستمراً فى السريان (نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٧٨ ص ٥٠٦) . وانظر نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٠٤ ص ٧٣٦ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٧ .

(٤) نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٨ ص ١٣ - وانظر فيما تقدم بودرى وتيسيه فقرة ٥٤٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٢ ص ٧٣١ - الوسيط ٣ فقرة ٦٢٧ ص ١١٦ - ص ١١١٧ .

ولا يتعدى أثر انقطاع التقادم المالك الذى قطع التقادم . فإذا كانت أرض شائعة بين عدة ملاك ، وقطع أحدهم التقادم برفع الدعوى على الحائز ، لم ينقطع التقادم بالنسبة إلى الملاك فى الشيوع الآخرين ، بل يقتصر أثر قطع التقادم على المالك فى الشيوع الذى قطع التقادم . وإذا حاز أرضاً عدة حائزين على الشيوع ، فقطع المالك التقادم بالنسبة إلى أحدهم برفع الدعوى عليه ، فإن التقادم لا ينقطع بالنسبة إلى الحائزين الآخرين (١) .

كذلك لا يتناول انقطاع التقادم إلا الحق الذى قطع فيه التقادم ، فلا يتناول أثر الانقطاع غيره من الحقوق . فإذا كان للمالك أرض حازها شخص بنية تملكها ، وحاز شخص آخر حق ارتفاق عليها ، وقطع المالك التقادم بالنسبة إلى حق الملكية فإنه لا ينقطع بالنسبة إلى حق الارتفاق ، أو قطع التقادم بالنسبة إلى حق الارتفاق فإنه لا ينقطع بالنسبة إلى حق الملكية (٢) .

٣٩٩ - السبب الثانى لانقطاع التقادم المكسب - إقرار الحائز بحق

المالك : تنص المادة ٣٨٤ مدنى على أن « ١ - ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً . ٢ - ويعتبر إقراراً ضمنياً أن يترك المدين تحت

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ وهامش ٦٠ - بودرى وتيسيه فقرة ٥٥٦ - بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٧٣٢ ص ٧٣٢ - ولكن رفع الدعوى على الوقف يقطع التقادم ولو تغير ناظر الوقف الذى رفعت فى مواجهته الدعوى فيسرى انقطاع التقادم على النظار المتعاقبين ، لأن كلا منهما إنما يمثل الوقف نفسه (نقض مدنى ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٧ ص ٧٣٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما لا تعتبر قاطعة للتقادم إلا فى خصوص هذا الحق وما التحق به من توابعه مما يجب لزوماً بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه ، فإن تغاير الحقان أو تغير مصدرهما ، فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعاً لمدة التقادم بالنسبة إلى الحق الآخر (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤) . وقضت أيضاً بأن دعوى الضمان التى يرفعها المشتري على البائع هى غير دعوى الاستحقاق التى يرفعها البائع على المتعرض ، فرفع إحدى الدعويتين لا يقطع التقادم بالنسبة إلى الدعوى الأخرى (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩ - ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٣ ص ٥٣) . وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٧٨ ص ٥٠٦ .

وتحديد ما للمطالبة القضائية من أثر فى قطع التقادم وما يشترط فى هذه المطالبة حتى تقطع التقادم ، كل ذلك من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤) .

يد الدائن مالا موهونا رهنا حيازيا تأمينا لوفاء الدين » . ولا ينطبق من هذا النص على التقادم المكسب إلا الفقرة الأولى ، أما الفقرة الثانية فيقتصر تطبيقها على التقادم المسقط .

وعلى ذلك ينقطع التقادم المكسب بإقرار الحائز بحق المالك ، فإذا مضت مدة على حيازة الحائز دون أن يتكامل التقادم ، ثم أقر الحائز أن العين ملك لصاحبها ، فإنه يكون بهذا الإقرار قد نزل عما انقضى من مدة الحيازة . ولما كان النزول عن مدة التقادم كلها يعد تكاملا جائزا ، فأولى أن يجوز النزول عن بعض مدة التقادم بعد انقضائها . ويؤدي ذلك إلى انقطاع التقادم الذي كان ساريا وعدم الاعتداد بالمدة التي انقضت ، وابتداء تقادم جديد من وقت صدور الإقرار . وليس الإقرار بحق المالك القاطع للتقادم هو مجرد تقرير للواقع ، وإلا لما كان من شأنه أن يقطع التقادم ، فان تقرير الحائز أن العين مملوكة لصاحبها لا يتعارض في طبيعته مع سريان التقادم . ولكن لإقرارهنا ينطوى على نزول الحائز عن الجزء الذي مضى من مدة التقادم ، فهو كإقرار المدعى عليه أمام القضاء واقعة مادية تنطوى على تصرف قانوني هو نزول المقر عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه (١) .

ويشترط في إقرار الحائز بحق المالك ، وهو الإقرار الذي يقطع التقادم المكسب ، أن يكون الحائز متوافرا على أهليه التصرف في العين التي يحوزها . ذلك لأن هذا الإقرار قطع التقادم ، ولو لم يقطعه فأكملت مدته للملك الحائز العين ، فالإقرار إذن ينطوى على ضرب من التصرف في العين (٢) . وهذا بخلاف التقادم المسقط ، فالإقرار الذي يقطع هذا التقادم لا يشترط في صحته أهلية التصرف ، بل تكفي أهلية الإدارة . ذلك لأن الإقرار القاطع للتقادم المسقط يتمحض نزولا عن مدة التقادم ولا ينطوى على تصرف في الحق ، فالصبي المميز لإقراره صحيح وقاطع للتقادم المسقط في حدود أهليته للإدارة (٣) .

(١) الوسيط ٢ فقرة ٢٤٩ .

(٢) عكس ذلك شفيق شحاته فقرة ٢٩٢ ص ٣٠٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٢٦ ص ٥٥٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠١ ص ٦١٨ .

(٣) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦٣٣ ص ١١٠٨ - وأنظر في وجوب أهلية التصرف في الإقرار القاطع للتقادم المكسب دون التقادم المسقط أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٨٤ - ص ٤٨٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٣ ص ٧٢٣ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٢٠٠ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٨٠ - محمد علي عرفة فقرة ١٥٧ - ولكن أنظر مع ذلك بودري وتيسيه فقرة ٥٢٤ - فقرة ٥٣٥ .

وإقرار الحائز بحق المالك ، على النحو الذى بيناه ، تصرف صادر من جانبه وحده . فلاحاجة لقبول المالك لهذا الإقرار ، ولا يجوز للحائز بعد الإقرار أن يرجع فيه (١) .

٤٠٠ - **الإقرار الصريح والإقرار الضمنى** : ويكون إقرار الحائز بحق المالك إقراراً صريحاً ، أو إقراراً ضمنياً .

والإقرار الصريح لا يشترط فيه شكل خاص ، فأى تعبير عن الإرادة يفيد معنى الإقرار يكفى . وقد يكون مكتوباً أو غير مكتوب ، فى صورة رسالة أو فى غير هذه الصورة ، موجهاً إلى المالك أو غير موجه إليه . وقد يكون فى صورة اتفاق بين الحائز والمالك ، أو فى صورة اتفاق بين الحائز والغير ، أو صادراً من جانب الحائز وحده دون أى اتفاق . وقد يرد الإقرار الصريح فى محضر جرد لحصر تركة المالك فيقر الحائز فى هذا المحضر بأن العين التى فى حيازته هى ملك للميت ، أو فى إيجاب صادر من الحائز دون أن يقترن به قبول من المالك ، أو فى مذكرات يتقدم بها الحائز فى قضية لا يكون المالك خصماً فيها ، أو فى عقد قسمة ، أو فى تصفية شركة ، أو فى تصرف قانونى حكم بطلانه دون أن يمس البطلان بالحق الوارد فى هذا التصرف (٢) .

والإقرار الضمنى يستخلص من أى عمل يمكن أن يفيد معنى الإقرار . فيعتبر إقراراً ضمنياً مفاوضة الحائز للمالك فى دفع تعويض له عن العين ، أو دفع الحائز الضرائب عن العين لحساب المالك ، أو تسليم الحائز ثمار العين للمالك . وإذا عرض الحائز على المالك أن يدفع مبلغاً على سبيل الصلح ، لم يعتبر هذا العرض إقراراً ضمنياً بحق المالك ، إذ أن رغبة الحائز فى الصلح وحسم النزاع لا يستخلص منها حتماً أنه يقر بحق المالك (٣) ، وقاضى الموضوع هو

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٨٣ - وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٢٣ .
(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٥٢٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٣ ص ٧٣٢ -
أوقد قضى بأن القضاء بطلان الصلح الذى تضمن الإقرار لا يزيل ما ترتب على الإقرار من قطع التقادم (طنطا الكلية ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٢٣ ص ٤٣٢) . وقضى بأن بطلان التسوية المنطوية على الإقرار يبقئ الإقرار قائماً قاطعاً للتقادم (استئناف محتلط ٢١ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٧) . وقضى بأن الإقرار الحاصل فى أثناء سير الإجراءات يقطع التقادم مستقلاً عن هذه الإجراءات ، ولا يزول أثره بإبطالها (استئناف محتلط ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٤) .

(٣) نقض فرنسي ١٤ مايو سنة ١٩١٨ دالوز ١٩٢٦ - ١ - ٢٠٤ .

الذى يقدر ما إذا كان العمل الذى صدر من الحائز ينطوى على إقرار ضمنى ، ولا معقب على تقديره من محكمة النقض (١) .

٤٠١ - إثبات الإقرار : ولما كان الأقرار واقعة مادية تنطوى على تصرف قانونى ، ويغلب فيها معنى التصرف القانونى كما هو الأمر فى الوفاء ، فان إثبات الإقرار يخضع للقواعد العامة فى إثبات التصرف القانونى ولو كان صادراً من جانب واحد . فيجوز الإثبات بجميع الطرق إذا كانت قيمة العين التى يراد قطع التقادم فيها لاتزيد على عشرة جنيهات ، فان زادت وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها . وعبء الإثبات يقع على المالك الذى يدعى انقطاع التقادم (٢) .

٤٠٢ - ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب بإقرار الحائز بحقوق المالك :

المالك : إذا كان سبب قطع التقادم هو إقرار الحائز بحق المالك ، لم يعتد بمدة الحيازة التى سبقت هذا الإقرار وتعتبر كأن لم تكن . ولكن إذا بقى الحائز على حيازته للعين بنية تملكها ، بدأ سريان تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة فوراً عقب هذا الإقرار . وذلك حتى لو كان الحائز فى مدة

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار القاطع للتقادم مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٥ ص ١٥٦٧) . وقضت فى الحكم الأول من الحكمين المتقدمين بأن المسائل المتعلقة بانقطاع مدة التقادم مناط خضوعها لرقابة محكمة النقض هو التفرقة بين ما إذا كان قطع مدة التقادم مترتباً على اعتراف واضح اليد أو المدين بالحق المطالب هو به اعترافاً يجب الرجوع فى استفادته إلى فعل ماضى مختلف على دلالة أولى ورقة مقدمة فى الدعوى مختلف على دلالتها الصريحة أو الضمنية كذلك ، وبين ما إذا كان مترتباً على ورقة الطلب المقدم للمحكمة بالحق المطلوب استرداده أو اقتضاؤه . فى الحالة الأولى لارقابة لمحكمة النقض ، لأن حكم القاضى فيها يكون مبنياً على ما استنتجه من الأفعال أو الأوراق المقدمة المتنازع على دلالتها العقلية . أما فى الحالة الثانية فيكون النزاع قائماً على ما لورقة الطلب من الأثر القانونى فى قطع التقادم ، وعلى من تكون الورقة قاطعة ، وفيم تكون ، أى على ما اشترطه القانون فى ورقة الطلب (demand en justice) من الشرائط القانونية ، فيكون فصل القاضى فى ذلك فصلاً فى مسألة قانونية يخضع فيها لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ٣٤) .

وانظر فيما تقدم بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٣ ص ٧٣٣ - الوسيط ٣ فقرة ٦٣٤ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٨٥ - الوسيط ٣ فقرة ٦٣٥ ص ١١١٢ .

حيازته الأولى حسن النية ولديه سبب صحيح ، وكان يستطيع التملك بالتقادم القصير أى بخمس سنوات . فانه بعد أن أقر بحق المالك انقطع هذا التقادم ، والتقادم الجديد الذى بدأ سريانه عقب انقطاع التقادم السابق لم يكن فيه حسن النية بعد أن أقر بحق المالك . (١)

بل إن إقرار الحائز بحق المالك قد يكون مصحوباً بنية أن يكون الحائز من وقت الإقرار حائزاً لحساب المالك ، كما لو استأجر الحائز من المالك العين التى يحوزها ، فأقر على هذا الوجه بحق المالك وفى الوقت ذاته أصبح يحوز العين لحساب المالك وانقلبت حيازته من حيازة أصيلة إلى حيازة عرضية . ففى هذه الحالة لا يبدأ تقادم جديد عقب إقرار الحائز بحق المالك على هذا النحو ، بل تبقى حيازته حيازة عرضية غير صالحة للتملك بالتقادم أصلاً (٢) . وذلك إلى أن تتغير صفة الحيازة العرضية فتصبح حيازة أصيلة مرة أخرى بفعل يصدر من الغير أو بفعل يصدر من الحائز نفسه يعتبر معارضة لحق المالك ، فيبدأ سريان تقادم جديد ولكن من تاريخ تغير صفة الحيازة (٣) .

٤٠٣ - السبب الثالث لانقطاع التقادم المكتسب - نخل الحائز عن الحيازة

أو فقره إياها - نص قانونى : تنص المادة ٩٧٥ مدنى على ما يأتى :

- (١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٩٦ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٤ ص ٧٣٣ - بلانيول وريير وبولابجي ١ فقرة ٣٢٠٢ ص ١٠٤٢ - كاربونييه ص ٢١١ محمد على عرفة ٢ فقرة ١٥٨ ص ٢٩٣ - ٢٩٤ - وقارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠١ ص ٦٢٠ - ص ٦٢١ .
- (٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار بالاستحكار مانع من تملك الأرض المحكرة ، مهما طالت مدة سكوت المحكر عن المطالبة بالحكر السنوى (نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص ١١٧ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٤٥٢ ص ١٠٩٨) . وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٩٦ - بلانيول وريير وبولابجي ١ فقرة ٣٢٠٢ - كولان وكابيتان ودى لامورانديرا فقرة ١١٨٩ - كاربونييه ص ٢١١ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٥٨ ص ٢٩٤ - ص ٢٩٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠١ ص ٦٢١ .
- (٣) ويلاحظ أن مجرد إقرار الحائز بحق المالك لا يترتب عليه وحده تحول صفة الحيازة إلى حيازة عرضية، إذ لا تعارض بين هذا الإقرار وبين بقاء الحائز حائزاً للحساب نفسه وإن أقر بحق المالك . فلا بد إذن لتحول الحائز إلى حيازة عرضية عن طريق الإقرار بحق المالك ، أن يصحب هذا الإقرار ما يدل على أن الحائز أصبح يحوز العين لحساب المالك لا لحساب نفسه (بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٤) .

١ - ينقطع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن الحيازة أو فقدتها ولو بفعل الغير .

٢ « غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد » . (١)

وواضح ، كما قدمنا (٢) ، أن هذا السبب لقطع التقادم ينفرد به التقادم المكسب دون التقادم المسقط ، لأن المفروض فيه أن تزول الحيازة والحيازة لا تكون إلا في التقادم المكسب . ويؤخذ من النص سالف الذكر أنه إذا زالت الحيازة قبل أن يكتمل التقادم المكسب ، فإن هذا التقادم ينقطع . ذلك بأن التقادم المكسب يقوم على أساسين : بقاء الحيازة عند الحائز المدة اللازمة قانوناً ، وعدم مطالبة المالك بحقه . فإذا اختل أحد هذين الأساسين ، بأن لم تبق الحيازة عند الحائز إلى أن تكتمل مدة التقادم ، أو طالب المالك بحقه (أوما

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٦ على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٧ . وفي لجنة مجلس الشيوخ سئل كيف لا ينقطع التقادم بفقد الحيازة إذا استردها الحائز في خلال سنة ، فأجيب « بأن هذا قاصر على فقد الحيازة المادية ، وعكس ذلك في التخلي فإن الانقطاع فيه ولو يوماً واحداً يكفي لقطع المدة » . ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٩٧٥ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٦ - ص ٥٠٩) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ١١٠/٨٢ : تنقطع المدة المقررة لتملك بوضع اليد ، إذا ارتفعت اليد ولو بفعل شخص أجنبي

(وأحكام التقنين المدني السابق تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٢٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٧٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦١ : لا ينقطع التقادم بفقد الحيازة إذا استردها الحائز

خلال سنة ، أو رفع دعوى إعادة اليد في هذا الميعاد . (وتتفق أحكام التقنين العراقي مع أحكام التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٦٤ : ينقطع مرور الزمن عندما يفقد مدعيه اليد ،

حتى ولو فقدتها بسبب شخص ثالث . (وتتفق أحكام القانون اللبناني مع أحكام التقنين المصري)

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٤ .

يعدل ذلك أقر له الحائز بهذا الحق) ، فان التقادم المكسب ينقطع ، ولا يعتد بالمدة التي سبقت انقطاعه (١) .

وقد سبق أن بينا (٢) كيف تزول الحيازة . فهي تزول بفقد عنصرها المادى والمعنوى معاً ولوبارادة الحائز وحده ، فيتخلى هذا عن حيازة العين ، ويغلب أن يكون ذلك فى المنقول دون العقار . وقد تزول الحيازة بفقد الحائز للعنصر المادى وحده أى للسيطرة المادية على العين ، ويفقد الحائز هذه السيطرة إذا انتزع منه المالك نفسه أو الغير حيازته للعين عقاراً كانت أو منقولاً ، أو سرقت منه العين أو ضاعت إذا كانت منقولاً . ففى هذه الفروض يفقد الحائز الحيازة بفقد السيطرة المادية ، مهما استبقى العنصر المعنوى واحتفظ بالقصد ، فان عنصراً من عنصرى الحيازة قد فقد فتزول بفقده الحيازة (٣) وقد تزول الحيازة بفقد الحائز عنصرها المعنوى وحده ، فيفقد عنصر القصد فى أن يحوز العين لحساب نفسه ويصبح حائزاً لها حيازة مادية لحساب الغير ، وتتحول حيازته بذلك إلى حيازة عرضية غير صالحة لأن تؤدى إلى التقادم المكسب (٤) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢١ - بلانيول وريبير وبولابجيه ١ فقرة ٣١٨٤ ص ١٠٣٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٨ - فقرة ٣١١ .

(٣) ويلاحظ ما تقضى به المادة ١/٩٥٧ مدى من أنه لا تنقضى الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتى ، والمفروض أن المانع الذى حال دون مباشرة السيطرة الفعلية هو مانع طبيعى أوقوة قاهرة وأنه مانع وقتى زواله مترقب ، وذلك كفيضان غمر الأرض لمدة موقته ولا يلبث أن ينحسر فتعود لحائز الأرض السيطرة المادية عليها . فلا تعتبر الحيازة فى هذا الفرض قد زالت بفقد السيطرة المادية ، ويبقى الحائز على حيازته للأرض حتى فى أثناء المدة التى غمرها الفيضان فيها (أنظر آنفاً فقرة ٣١٠) .

(٤) ولا يعتبر فقداً للحيازة بقطع التقادم أن يكون الحائز الذى انتقلت إليه الحيازة إنما يجوز لحساب الحائز السابق الذى انتقلت منه الحيازة . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا عين البنك العقارى حارساً على الأرض للمحافظة على حقوق الدائنين ، وتسلم هذه الأرض ، وارتفعت يد مالكيها عنها ، فان ذلك لا يصلح اعتباره قطعاً للتقادم ، لان وضع يد البنك على الأرض بهذه الصفة لم يكن ملحوظاً فيه أن ينتفع البنك بها لنفسه ، بل ليحصل غلتها ويستوفى منها دينه ثم يرد مابقى منها للمالك (نقض مدى ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٦ ص ٩٣) . وقضت أيضاً بأن وضع يد الغير على العين لا يكون قاطعاً للتقادم إلا إذا كانت حيازته لها لحساب نفسه ، فاذا كان هذا الغير قد عرض على ذى الشأن فى وضع اليد تعويضاً =

وسواء فقد الحائز الحيازة بالتخلي عنها وهذا فرض نادر ، أو فقدتها بفقد العنصر المادى وحده أو العنصر المعنوى وحده على النحو سالف الذكر ، وسواء كان من انتزع منه الحيازة هو المالك نفسه أو الغير . فان الحيازة تزول ، ومن ثم ينقطع التقادم إذا كانت مدته لم تكتمل .

وقطع التقادم يفقد الحيازة على الوجه المتقدم الذكر له أثر مطلق ، فينقطع التقادم . لا بالنسبة إلى من انتزع الحيازة وحده . بل أيضاً بالنسبة إلى كل ذى مصلحة فى التمسك بقطع التقادم . فلو أن عيناً يملكها شخصان على الشيوع . ووضع شخص ثالث يده عليها . ثم انتزع أحد المالكين على الشيوع الحيازة من واضع اليد . فان التقادم ينقطع . لا بالنسبة إلى المالك الذى انتزع الحيازة وحده . بل أيضاً بالنسبة إلى المالك الآخر على الشيوع الذى لم ينتزع الحيازة . ذلك بأن فقد الحيازة أمر مادى وحقيقة واقعة تنتج أثرها بالنسبة إلى الجميع . وليست كالتصرف القانونى يقتصر أثره على من كان طرفاً فيه (١) .

٤٠٤ - ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب بتخلي الحائز عن الحيازة

أو فقده إياها : يجب فى هذا الصدد التمييز بين تخلى الحائز عن الحيازة اختيئاراً ، وبين فقده إياها بغير إرادته .

ففى حالة تخلى الحائز عن الحيازة اختيئاراً ، ينقطع التقادم بمجرد هذا التخلي ، ولو استرد الحائز الحيازة بعد يوم واحد من تخليه عنها . فلو أن الحيازة قبل التخلي دامت وقتاً طويلاً دون أن تكتمل مدة التقادم ، فان هذا الوقت الطويل الذى سبق التخلي لا يعتد به ما دام التقادم قد انقطع . وإذا استرد الحائز الحيازة بعد التخلي . فانه يبدأ حيازة جديدة ، ويبدأ بذلك سريان تقادم جديد من وقت استرداد الحائز للحيازة (٢) .

=تعويضاً عن مدة حيازته ، فان يده على العين تكون بمثابة استمرار يد ذى الشأن عليها . وإذن فالحكم إذا أسقط من مدة التقادم المدة التى استولت فيها السلطة العسكرية البريطانية على الأرض المتنازع عليها مقابل تعويض دفعته لذى اليد ، بانياً ذلك على أن هذا الاستيلاء يقطع التقادم لأنه كان بفعل أجنبى ايس بينه وبين ذى اليد اتفاق يجعله نائباً عنه فى وضع اليد - هذا الحكم يكون محطناً متعيثاً نقصه (نقض مدنى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥ ص ٣٧) .

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص ٤٨٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٤ -

بلانيول وريبير وبولابجه ١ فقرة ٣١٨٧ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٤٧٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٣ .

وفي حالة فقد الحائز الحيازة بغير إرادته ، وكانت العين عقاراً (١) ، فان للحائز أن يسترد العقار بدعوى الحيازة (دعوى استرداد الحيازة أو دعوى منع التعرض) في خلال سنة من وقت فقد إياها . فان استرد الحيازة فعلاً في خلال سنة ، أو رفع دعوى الحيازة في خلال هذه المدة وهي المدة التي يجوز في أثائها رفع دعاوى الحيازة وانتهت الدعوى باسترداد الحيازة ولو بعد انقضاء السنة (٢) ، فان الحيازة لا تعتبر قد زالت أصلاً ، بل تعتبر باقية دائماً لدى الحائز وذلك بالرغم من أنه كان قد فقدتها (٣) . وعلى ذلك لا ينقطع التقادم ، بل يستمر سارياً كما لو كانت الحيازة لم تفقد ، وذلك إلى أن تكتمل مدة التقادم أو إلى أن يقطع بسبب من أسباب الانقطاع التي سبق بيانها . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٩٧٥ مدني في هذا الشأن كما رأينا (٤) : « غير أن التقادم لا ينقطع يفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة . أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد » (٥) . والمفروض أن العين عقار ، وإن كان النص لم يصرح بذلك . حتى يمكن أن يرفع في شأنها دعوى الحيازة . فاذا لم يسترد الحائز الحيازة في مدة السنة ، ولم يرفع في خلال هذه المدة دعوى الحيازة لاستردادها . فان التقادم ينقطع في هذه الحالة بانقضاء السنة (٦) .

(١) أما إذا كانت العين منقولا ، وفقد الحائز حيازة هذا المنقول بغير إرادته ، فان التقادم ينقطع بفقد الحيازة . فن أضاع منقولا فقد حيازته ، وليس له أن يستبق الحيازة بمحض نيته ولو لم يفقد الأمل في العثور عليه (أنظر آنفاً فقرة ٣١٠) ، ويترتب على فقد الحيازة انقطاع التقادم . فاذا استرد الحائز حيازة المنقول بعد أن فقدتها ، بدأت حيازة جديدة وبدأ معها سريان تقادم جديد .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٤٦٩ ص ٣٥٥ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٣ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٠٣ .

(٥) وهذا هو عين ما قرره محكمة النقض في عهد التقنين المدني السابق ، دون أن يشتمل هذا التقنين على نص صريح في هذا المعنى . فقد قضت بأنه مادام القانون المصري قد حدد لقبول دعوى إعادة وضع اليد نفس المدة التي حددها القانون الفرنسي ، فقد دل بذلك على أنه قصد هو الآخر إلى أن الحكم بإعادة وضع يد الحائز يزيل شائبة الانقطاع الطبيعي ، فتكون الحيازة رغم ما طرأ عليها مستمرة لها كل نتائجها (نقض مدني ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٦ ص ٩٣) . فقن التقنين المدني الجديد ما سبق أن قرره القضاء في هذه المسألة .

(٦) بودري وتيسيه فقرة ٤٦٩ وفقرة ٤٧١ مكررة .

ولا يبدأ سريان تقادم جديد إلا إذا استرد الحائز حيازة العقار بعد انقضاء السنة ، وعندئذ يبدأ سريان هذا التقادم الجديد من وقت استرداد الحائز للحيازة .

المطلب الثانى

إعمال التقادم المكسب والآثار التى تترتب عليه

§ ١ - أعمال التقادم المكسب

٤٠٥ - وجوب التمسك بالتقادم المكسب وجواز النزول عنه بعد

اكتماله - سريانه قواعد التقادم المسقط : إذا اكتملت مدة التقادم ، بعدمراعاة أسباب الوقف والانقطاع على النحو الذى تقدم ذكره ، فإن الحق لا يكسب بالتقادم من تلقاء نفسه ، بل لا بد للحائز من أن يتمسك به . بل إنه يجوز للحائز ، بعد اكتمال مدة التقادم . ألا يتمسك به وأن ينزل عنه ، فيبقى الحق لصاحبه ولا يكسبه الحائز بالتقادم . فهناك إذن مسألتان : (١) وجوب التمسك أو الدفع بالتقادم . (٢) النزول عن التقادم . وفى كلتا المسألتين تسرى قواعد التقادم المسقط . فقد رأينا (١) أن المادة ٩٧٣ مدنى تقضى بسريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بالتمسك به أمام القضاء والتنازل عنه .

١. وجوب التمسك بالتقادم المكسب والمرفع بالتقادم :

٤٠٦ - قواعد التقادم المسقط وسريانها على التقادم المكسب :

تنص المادة ٣٨٧ مدنى . فيما يتعلق بالتقادم المسقط . على أنه « ١ - لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها . بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين . ٢ - ويجوز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية » (٢) .

فاذا طبقنا هذا النص على التقادم المكسب ، خلص لنا ما يأتى :

١ - لا تقضى المحكمة بالتقادم المكسب من تلقاء نفسها بل لا بد من التمسك

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦ .

(٢) أنظر تاريخ هذا النص وما يقابله فى التقنين المدنى السابق وفى التقنينات المدنية

العربية الأخرى : الوسيط ٣ فقرة ٦٤٢ .

به . ٢ - ويتمسك بالتقادم المكسب الحائز وكل ذى مصلحة . ٣ - ويجوز التمسك بالتقادم المكسب في أية حالة كانت عليها الدعوى .

٤٠٧ - لا تنقض المحكمة بالتقادم المكسب من تلقاء نفسها بل لا بد من التمسك به : لا يجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بكسب الحق بالتقادم ، بل يجب على ذى المصلحة أن يتمسك به . فاذا ما تمسك به ذو المصلحة ، وجب على المحكمة أن تقضى به . وليس المقصود من التمسك بالتقادم أن يعلن ذو المصلحة إرادته في أن يجرى التقادم ، بل إن التقادم يقع من غير هذا الاعلان . وإنما أريد من وجوب التمسك بالتقادم أن يكون التقادم دفعاً (exception) يدفع به الحائز دعوى المالك ، ولا بد لذى الشأن من إبداء هذا الدفع والتمسك به (١) .

وليس للتمسك بالتقادم شكل خاص . فأية عبارة تدل في وضوح على أن الحائز يتمسك بالتقادم تكفى . ولكن لا يكفى أن يتمسك الحائز بالتقادم في مرافعته الشفوية دون أن يضمن ذلك طلباته الختامية . ولا يكفى تمسكاً بالتقادم ما كان عاماً من طلباته الختامية . كالتردد إلى المحكمة في أن تأخذ بما ترى الأخذ به من الدفوع (٢) . ذلك بأن التمسك بالتقادم يجب أن يكون طلباً قائماً بذاته ، ولا يندرج في طلب أصلي عام (٣) . ويجب أن يقع التمسك به أمام القضاء ، فلا يكفى التمسك به في أثناء محاولات الصلح . وإذا تمسك الحائز بالتقادم أمام محكمة أول درجة ففقدت له بذلك ، فبحسبه أمام محكمة الاستئناف أن يطلب تأييد الحكم المستأنف حتى يعتبر متمسكاً بالتقادم أمام هذه المحكمة . أما إذا تمسك بالتقادم أمام محكمة أول درجة ولكنه كسب الدعوى دون نظر إلى التقادم ، فانه لا يكفى في الاستئناف أن يطلب تأييد

(١) ويخلص من ذلك أمران : (أولاً) أن التمسك بالتقادم ليس تصرفاً قانونياً acte juridique قائماً على إرادة الحائز المنفردة volonté unilatérale ، بل هو دفع يدفع به الحائز مطالبة المالك (ثانياً) وهذا الدفع لا يثيره القاضي من تلقاء نفسه ، بل لا بد أن يتمسك به ذو المصلحة ، لأنه لا يعتبر من النظام العام وإن كان يمت للمصلحة العامة .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٤٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٥ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٢١٨ .

(٣) نقض مدني ١٥ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص ٤٢٢ .

الحكم المستأنف ، بل لا بد له من التمسك بالتقادم من جديد (١) . والتمسك بالتقادم الطويل لا يغني عن التمسك بالتقادم القصير (٢) ، وكذلك التمسك بالتقادم القصير لا يغني عن التمسك بالتقادم الطويل ، إذ (٣) أن لكل تقادم شروطه وأحكامه (٤) .

وقد أوجب القانون على ذي المصلحة أن يتمسك بالتقادم للأسباب الآتية : ١ - ليس كسب الحق بالتقادم من النظام العام ، فهو وإن كان مبنياً على اعتبارات تمت للمصلحة العامة لضمان الأوضاع المستقرة . إلا أنه يتصل مباشرة بمصلحة الحائز الخاصة . فالحائز وشأنه . إن رأى أن يتمسك بالتقادم كان له ذلك . وإن أراد النزول عن هذا الدفع صح نزوله . ٢ - هذا إلى أن التمسك بالتقادم أمر يتصل اتصالاً وثيقاً بضمير الحائز . فان كان الحائز مطمئناً إلى أن له حقاً . دفع بالتقادم ليوفر على نفسه مشقة إثبات حقه بعد هذه المدة الطويلة . أما إن كان يعلم ألا حق له ، وتخرج من التذرع بالتقادم ، فقد فتح

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٤٢ - فقرة ٤٣ وفقرة ٤٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٦ - الوسيط ٣ فقرة ٦٤٣ .

(٢) وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا تمسك الحائز بالتقادم الطويل ، كان للمحكمة أن تبحث من تلقاء نفسها في توافر شروط كسب الحق بالتقادم القصير (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٥ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٥٨ ص ٢٩٧ - ديجون ٩ يناير سنة ١٨٧٨ سيريه ٧٨ - ٢ - ٨٥) . ولكن التمسك بالتقادم الطويل لا يقتضي الظرفي شرطى السبب الصحيح وحسن النية الواجب توافرها في التقادم القصير ، وحتى يمكن النظر في هذين الشرطين يجب التمسك بالتقادم القصير ، فلا يغني إذن عن التمسك به التمسك بالتقادم الطويل (منصور مصطفى منصور فقرة ١٨١ ص ٤٣١ هامش ١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٠ ص ٥٨٣) . (٣) وهناك رأى يذهب إلى أن التمسك بالتقادم القصير إذا استبعدته المحكمة وجب عليها ، دون طلب خاص ، البحث في انطباق التقادم الطويل (عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٠ ص ٥٨٤) . ولكن النظر في استكمال المدة من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة يقتضى التحقق مما إذا كانت الحيازة قد استمرت دون توقف أو انقطاع في عشر السنوات التالية لخمس السنوات الأولى ، ولا يجوز ذلك إلا إذا تمسك الحائز بالتقادم الطويل ، فلا يغني إذن عن التمسك به التمسك بالتقادم القصير (منصور مصطفى منصور فقرة ١٨١ ص ٤٣١ هامش ١) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام ، وينبغي التمسك به أمام محكمة الموضوع في عبارة واضحة لا تحتمل الإبهام ، ولا يغني عن ذلك طلب الحكم برفض الدعوى ، كما لا يغني عنه التمسك بنوع آخر من أنواع التقادم لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه (نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٠٥ ص ٧٠٦) .

له القانون الباب لذلك عن طريق عدم التمسك بالتقادم. ٣- يضاف إلى ما تقدم أن التقادم من شأنه أن يثير وقائع كثيرة لا يتيسر للقاضي أن يستخلصها من تلقاء نفسه من واقع الأوراق والمستندات ، فلا بد من أن يثيره الخصوم ويكون محلاً لمناقشتهم حتى يتمحص وجه الحق فيه (١) .

٤٠٨ - يتمسك بالتقادم المكسب الحائز وكل ذي مصلحة : والأصل

أن الحائز هو الذي يتمسك بالتقادم المكسب ، كما يتمسك به خلف الحائز عاماً كان أو خاصاً . فلوارث الحائز أن يتمسك بالتقادم ، وللمشتري من الحائز كذلك أن يتمسك به . بل إن مدة الحائز قد تضم إلى مدة خلفه ليكتمل التقادم كما سبق أن بينا (٢) .

كذلك يستطيع أن يتمسك بالتقادم كل ذي مصلحة (٣) . وبوجه خاص دائنو الحائز . فيجوز لدائن الحائز أن يتمسك بالتقادم نيابة عن مدينة الحائز (الدعوى غير المباشرة) ، ولا يعترض على ذلك بأن هذا التمسك حق متصل بشخص المدين فلا يجوز للدائن استعماله . ذلك بأن من حق الدائن أن يعتمد على أن مدينة الحائز قد ملك العين بالتقادم ، فيستطيع هو أن ينفذ عليها باعتبارها داخلة في أموال مدينة (٤) . ومهما يكن من أمر ، فنص المادة ١/٣٨٧ مدني صريح . كما رأينا (٥) ، في جواز أن يستعمل الدائن حق مدينة الحائز في التمسك بالتقادم . وقد يعترض أيضاً بأن التمسك بالتقادم رخصة وليست حقاً . والرخص لا يستعملها الدائن باسم المدين . ولكن النص صريح هنا في جواز أن يستعمل الدائن رخصة مدينة في التمسك بالتقادم ،

(١) أنظر بودري وتيسيه فقرة ٤١ ص ٤٢ - الوسيط ٣ فقرة ٦٤٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٦ .

(٣) فيجوز للبائع ، ولمن لا يزال دائناً للمشتري بالثمن كالحال له بالثمن من البائع ، أن يتمسك بالتقادم الذي تم لمصلحة المشتري ، وذلك حتى يتمكن من التنفيذ بالثمن على العقار المبيع (استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠٣ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٥ - نقض فرنسي ٥ مايو سنة ١٨٥١ دالوز ٥١ - ١ - ٢٦١ - أنسيكلو بيدي دالوز ٤ لفظ Prescription civil فقرة ٢٤٢) .

(٤) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٥٠ - بلانيول وريبير وبولاجيه ١ فقرة

٣٢٢٠ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٤٠٦ .

وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام في الدعوى غير المباشرة (١) . هذا وسرى أنه كما ثبت للدائن أن يستعمل حق مدينه الحائز في التمسك بالتقادم وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدنى ، كذلك يثبت له ، إذا لم يقتصر الحائز على الامتناع عن التمسك بالتقادم بل خطأ خطوة أخرى إيجابية ونزل عن التقادم أن يطعن في هذا النزول بالدعوى البولصية وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدنى . فللدائن إذن أن يستعمل حق مدينه الحائز في التمسك بالتقادم وفقاً لأحكام الدعوى غير المباشرة . إذا سكت الحائز عن التمسك بالتقادم . وله كذلك ، إذا نزل الحائز عن التقادم ، أن يطعن في هذا النزول بالدعوى البولصية . حتى إذا نجح في طعنه عمد بعد ذلك إلى التمسك بالتقادم نيابة عن الحائز . فهو إذا طعن بالدعوى البولصية ، لم يكن له بد . بعد أن ينجح في طعنه . من الانتقال إلى الدعوى غير المباشرة (٢) .

٤٠٩ - يجوز التمسك بالتقادم المكسب في أية حالة كانت عليها الدعوى :

ولما كان التمسك بالتقادم المكسب دفعاً موضوعياً . فان لدى المصلحة أن يتمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى (٣) . فله أن يتمسك به منذ البداية . وقبل الدخول في أى دفع موضوعى أو شكلى . وله أن يؤخره إلى أن يستنفذ جميع دفعوه الأخرى الشكلية والموضوعية . فاذا لم ينجح فيها عمد بعد ذلك إلى الدفع بالتقادم (٤) . وكل ما ينبغى أن يحتاط له أمران :
١ - ألا ينطوى تأخيرته للدفع بالتقادم على معنى المنزول عنه ضمناً ، فانه إذا نزل عنه لم يعد بعد ذلك أن يعود إليه . ومن ثم كان من المناسب ، وهو يبدى أوجه دفاعه الأخرى ، أن يذكر أن عنده دفعاً بالتقادم يؤخره إلى ما بعد أن ينتهى من أوجه الدفاع التى يبدىها . ٢ - ألا يؤخر الدفع بالتقادم إلى ما بعد إقفال باب المرافعة ، فانه إذا أقفل هذا الباب فليس له بعد ذلك أن يبدى أى طلب (٥) .

(١) الوسيط ٢ فقرة ٥٤٢ .

(٢) أنظر في ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٤٨ وفقرة ٦٥٠ .

(٣) استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٢ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٦ .

(٥) بودرى وتيسيه فقرة ٤٨ - فقرة ٤٩ .

فان فات الحائز الدفع بالتقادم أمام محكمة أول درجة ، فانه يستطيع ، ما لم ينطو تركه للدفع أمام محكمة أول درجة على معنى النزول ، أن يدفع بالتقادم لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى إلى وقت إقفال باب المرافعة (١) .

فاذا لم يدفع الحائز بالتقادم لا أمام محكمة أول درجة ولا أمام المحكمة الاستئنافية ، فليس له أن يدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض (٢) . ذلك بأن محكمة النقض لا تستطيع أن تنظر أوجها جديدة لم يسبق الدفع بها أمام محكمة الموضوع ، وليس الدفع بالتقادم كما قدمنا معتبراً من النظام العام حتى يجوز لمحكمة النقض أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها (٣) . لكن إذا استطاع الحائز أن يحصل من محكمة النقض على حكم بنقض الحكم المطعون فيه لسبب غير التقادم ، كخلل في الإجراءات أو خطأ في تطبيق القانون في مسألة أخرى ، وأحالت محكمة النقض الدعوى على دائرة أخرى من دوائر محكمة الاستئناف ، فانه يجوز للحائز أمام محكمة الإحالة ، وهي محكمة موضوع ، أن يدفع بالتقادم لأول مرة . وفي أية حالة كانت عليها الدعوى وذلك إلى وقت إقفال باب المرافعة أمام محكمة الإحالة (٤) .

ب - النزول عن التقادم المكسب

٤١٠ - قواعد التقادم المسقط وسريانها على التقادم المكسب :

تنص المادة ٣٨٨ مدني ، فيما يتعلق بالتقادم المسقط ، على أنه « ١ - لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون . ٢ - وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن ينزل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت

(١) م ٢/٣٨٧ مدني آنفاً فقرة ٤٠٦ - بودري وتيسيه فقرة ٥٠ - فقرة ٥٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٦ .

(٢) نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٤ ص ٨١٥ - ١٥ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص ٤٢٢ - ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٧ ص ٥٣٢ - استئناف مصر ١٧ فبراير سنة ١٩٣٠ الجريدة القضائية ٢٥ ص ٢١ .

(٣) بودري وتيسيه فقرة ٥٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٦ - بلانيول وريبير وبولابجيه ١ فقرة ٣٢١٩ .

(٤) بودري وتيسيه فقرة ٥٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤٦ - وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٥١ - فقرة ٦٥٤ .

الحق فيه ، على أن هذا النزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم « (١) . فاذا طبقنا هذا النص على التقادم المكسب ، خلص لنا ما يأتي :

١ - عدم جواز النزول عن التقادم المكسب مقدماً قبل ثبوت الحق فيه (٢) .

٢ - جواز النزول عن التقادم المكسب بعد ثبوت الحق فيه . ٣ - جواز النزول عن المدة التي انقضت في تقادم مكسب لم يكتمل .

٤١١ - عدم جواز النزول عن التقادم المكسب مقدماً قبل ثبوت

الحق فيه : يكاد يتعذر أن نتصور كيف يتحقق هذا النزول في التقادم المكسب ، وكان من الممكن القول إنه لا يتحقق إلا في التقادم المسقط . وإنه يستعصى على طبيعة التقادم المكسب فلا محل لتطبيقه على هذا التقادم (٣) . ولكن يمكن مع ذلك أن نتصور فرضاً ، وإن كان بعيد الوقوع ، يتفق فيه المالك مع الحائز (كصاحب حق انتفاع أو محتكر) على أن ينزل الحائز عن التقادم المكسب مقدماً قبل ثبوت الحق فيه بل قبل سريانه . ويكون هذا إجراء أشد من قطع التقادم بالمطالبة القضائية أو باقرار الحائز بحق المالك . ذلك بأنه في حالة قطع التقادم على هذا الوجه أو ذاك يمكن سريان تقادم جديد على النحو الذي قدمناه (٤) ، أما في حالة الاتفاق على النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه وقبل سريانه ، لو صح هذا الاتفاق ، فانه لا يبدأ سريان تقادم

(١) أنظر تاريخ هذا النص وما يقابله في التقنين المدني السابق وفي التقنينات المدنية العربية الأخرى في الوسيط ٣ فقرة ٦٥٥ .

وقد نصت المادة ٢٦٢ من قانون الملكية العقارية اللبناني على أنه « لا يجوز العدول مسبقاً عن مرور الزمن ، إنما يمكن لكل شخص مطلق اليد بحقوقه أن يتخلل مسبقاً عن حق مكتسب بمرور الزمن » .

(٢) ويلحق بهذه القاعدة ، وفقاً لنص المادة ٣٨٨ / ١ مدني ، عدم جواز الاتفاق على مدة للتقادم المكسب تختلف عن المدة التي عينها القانون . في التقادم المكسب الطويل تكون المدة خمس عشرة سنة ولا يجوز الاتفاق على مدة أطول ولا على مدة أقصر ، وفي التقادم المكسب القصير تكون المدة خمس سنوات ولا يجوز الاتفاق على مدة أطول ولا على مدة أقصر ، وقد سبق بيان ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٣٨٠) .

(٣) بلانيول وريبير بيكار ٣ فقرة ٧٥١ ص ٧٤٨ - بلانيول ريبير بولابجي ١ فقرة ٣٢٢١ - كولان كاييتان ودي لا مورانديير ١ فقرة ١١٩٥ ص ٩٧٤ - ماري وريينو فقرة ١٩٧ ص ٢٠٩ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٨ فقرة ٤٠٢ .

جديد إذ أن الحائز قد نزل مقدماً عن التقادم . على أنه إذا أمكن تصور مثل هذا الفرض ، فحكم القانون صريح في بطلانه ، إذ تقول المادة ١/٣٨٨ مدني كما رأينا (١) « لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه » (٢) . ويستوى ، في عدم جواز النزول عن التقادم المكسب قبل ثبوت الحق فيه ، أن يكون التقادم طويلاً مدته خمس عشرة سنة أو قصيراً مدته خمس سنوات .

٤١٢ - جواز النزول عن التقادم المكسب بعد ثبوت الحق فيه :

فإذا اكتملت مدة التقادم المكسب . طويلاً كان التقادم أو قصيراً . وثبت حق الحائز في التمسك به . فإن نزوله عنه بعد ثبوت حقه فيه جائز ، وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثالثة من المادة ٣٨٨ مدني فيما قدمنا (٣) .

وقد يكون نزول الحائز عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه صريحاً ، ولا يشترط في النزول الصريح شكل معين أو عبارات خاصة فقد يكون مكتوباً أو شفويّاً (٤) . ولكن يجب في إثبات هذا النزول ، وهو تصرف قانوني . اتباع القواعد العامة في الإثبات فيجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة العين على عشرة جنيهات . وقد يكون نزول الحائز عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه ضمناً . وأكثر ما يكون ذلك إذا أغفل الحائز الدفع بالتقادم عمداً بحيث يفهم من موقفه أنه لا يريد الالتجاء إلى هذا الدفع ، ولكن ليس من الضروري أن يستخلص من تأخير الدفع بالتقادم أن الحائز

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤١٠ .

(٢) ويجب التمييز بين الاتفاق على النزول مقدماً عن التقادم قبل أن يكتمل ، والاتفاق على وقف سريان التقادم لتحقيق مصلحة أولقيام ضرورة (أنظر آنفاً فقرة ٣٩٠ في آخرها في الهامش) . فالاتفاق الأول باطل ، بخلاف الاتفاق الثاني فهو صحيح (نانسي ١٦ نوفمبر سنة ١٨٨٩ سيرييه ٩١ - ٢ - ١٦١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥١ ص ٧٤٨ - أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ٢٧٨) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤١٠ .

(٤) فإذا اعترف المدعي عليه ، بعد اكتمال مدة التقادم ، في أوراق صادرة منه ، بملكية المدعي ، كان هذا الاعتراف هو بمثابة التنازل عن الحق في التملك بالتقادم ، ومثل هذا التنازل ينتج أثره سواء أكان التقادم طويلاً أم كان قصيراً (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٥٥ رقم ٦٩) .

قد نزل عنه ، فقد قدمنا (١) أن له أن يدفع بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف لأول مرة . ما لم يستخلص من ظروف تأخير الدفع أنه قد نزل عنه . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان يستخلص من موقف الحائر ما يستفاد منه حتماً أنه قد نزل عن الدفع بالتقادم (٢) ، ولا يفترض ذلك عند الشك فإن النزول عن الحق لا يفترض . وقد يستخلص النزول الضمنى مثلاً من قبول الحائر ، بعد اكتمال مدة التقادم ، أن يدفع للمالك أجره للعين (٣) .

والأهلية الواجبة للنزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ، كما تقول المادة ٢/٣٨٨ مدنى فيما رأينا (٤) ، هى أهلية التصرف . فلا تلزم أهلية التبرع ولا تكفى أهلية الإدارة . أما أن أهلية التبرع لا تلزم ، فذلك لأن الحائر لا يكسب الحق إلا إذا تمسك بالتقادم ، وهو لم يتمسك به بل نزل عن حقه فيه . فهو إذن لم يكسب الحق حتى يقال إن نزوله عن التقادم هو بمثابة تبرع بهذا الحق بعد أن كسبه . ومن ثم لا تلزم أهلية التبرع (٥) . وأما أن أهلية الإدارة لا تكفى ، فذلك لأن الحائر بنزوله عن حقه فى التمسك بالتقادم لا يقوم بعمل مألوف من أعمال الإدارة ، بل يقوم بعمل أكبر خطراً من ذلك . إذ هو قد نزل عن حق إذا كان لم يكسبه فإنه كان يستطيع كسبه .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٠٩ .

(٢) نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٧٧ ص ١١٢٤ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن حق التمسك بمضى المدة ليس من النظام العام ، فإذا تنازل عنه الخصم بأن تعهد بالقيام بما عليه من الالتزامات ، فإنه لا يسوغ له بعد ذلك أن يعود فيتمسك به (استئناف وطنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١٣ ص ٢٥) . وانظر فى أمثلة أخرى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٢ ص ٧٤٩ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٢٤ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤١٠ .

(٥) وقد كتبنا فى الجزء الثالث من الوسيط فى هذا الصدد ما يأتى : « وبالرغم من أن النص صريح فى أن الأهلية الواجبة هى أهلية التصرف لأهلية التبرع ، فقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : ويعتبر التنازل بمنزلة التبرع وإن لم تنطو فيه حقيقة الافتقار ، ويتفرع على ذلك وجوب توافر أهلية التبرع فيمن يصدر منه التنازل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٥) . وإذا تعارض النص الصريح مع المذكرة الإيضاحية ، وجب الأخذ بالنص الصريح (الوسيط ٣ فقرة ٦٦١ ص ١١٤٦ هامش ٣) .

فلا تكفى إذن أهلية الإدارة ، بل تجب أهلية التصرف . ويترتب على ذلك أن الصغير والمحجور لا يستطيع أى منهما أن ينزل عن حقه فى التمسك بالتقادم المكسب ، وكذلك لا يستطيع الوصى أو القيم أن ينزل عن حق الصغير أو المحجور فى التمسك بالتقادم المكسب من غير إذن المحكمة . ولا يستطيع الوكيل النزول عن التمسك بالتقادم ، إلا إذا أعطى توكيلاً خاصاً فى ذلك (١) .

وإذا نزل الحائز عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه على النحو الذى بيناه ، كان نزوله هذا تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد لا حاجة له إلى قبول المالك . وكان هذا النزول ملزماً لا يجوز الرجوع فيه (٢) . وإذا لم يكن لدى الحائز سبب آخر غير التقادم لتملك العين ، واستمر على حيازته بعد النزول عن حق التمسك بالتقادم ، فمن وقت النزول عن التقادم يبدأ تقادم جديد (٣) . ومدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة حتى لو كانت مدة التقادم السابق خمس سنوات ، فالتقادم القصير لا يكون إلا إذا كان الحائز حسن النية ، وقد انتفى حسن النية هنا بنزوله عن التقادم السابق . وانطوى هذا النزول على إقرار منه بأن العين قد آلت إليه من غير مالك . فلم يعد يستطيع أن يملك بالتقادم القصير .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة

٣٢٢٥ .

(٢) والنزول عن التمسك بالتقادم ليس كما قدمنا نزولاً عن الحق ذاته بعد كسبه ، بل هو نزول عن كسب الحق . فلا تثبت له صفة النقل caractère translatif بل تثبت له صفة الترك caractère abdiestif . ويترتب على ذلك ماأتى : (أ) لا يكون النزول ناقلاً للملكية من الحائز إلى المالك ، وإلا لوجب قبول المالك ، ولكان النزول تصرفاً صادراً من الجانبين لاتصرفاً صادراً من جانب واحد . (ب) لو كان النزول ناقلاً للملكية ، أى أنه يعيد الملكية إلى المالك بعد أن كسبها الحائز ، لكان هبة تخضع لقواعد الهبة الموضوعية . ولكنه لا يخضع لهذه القواعد ، إذ هو مجرد ترك الحق لصاحبه ، ولا يقتضى أهلية التبرع بل تكفى فيه أهلية التصرف . (ج) ولا يخضع للتسجيل . (د) ولا لرسوم نقل الملكية . أنظر فى ذلك بلانيول وريبير وبيكار فقرة ٧٥٢ ص ٧٤٨ و ٧٥٣ فقرة ٧٥٣ - كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٩٥ - مازو فقرة ١٥١٤ - مارتى و رينو فقرة ١٩٧ ص ٢١٠ .

(٣) وهذا بخلاف النزول عن التقادم مقدماً قبل ثبوت الحق فيه ، فقد قدمنا أنه لو صح لما كان يعقبه سريان تقادم جديد ، إذ أن الحائز يكون قد نزل مقدماً عن التقادم ، أى نزل عن أى تقادم يسرى فى المستقبل (انظر آنفاً فقرة ٤١١) .

وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٢/٣٨٨ مدنى كما رأينا (١) « على أن هذا النزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر لإضرار بهم ». وفي هذا تطبيق لقواعد الدعوى البولصية على تصرف قانونى صدر من المدين ، هو نزوله عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه . وقد رأينا (٢) من قبل كيف أن المادة ١/٣٨٧ مدنى قد طبقت قواعد الدعوى غير المباشرة ، فأزالت الشبهة في جواز استعمال الدائنين لحق مدينهم في التمسك بالتقادم وهو حق متصل بشخصه ، بل هو رخصة لم ترق إلى مرتبة الحق . والآن نرى أن المادة ٢/٣٨٨ مدنى هي أيضاً تزيل الشبهة في جواز الطعن بالدعوى البولصية في نزول المدين عن التمسك بالتقادم ، مع أن نزول المدين هذا تصرف لا ينقص من حقوقه ولا يزيد في التزاماته (٣) . فكان الواجب ، لولا النص ، ألا يقع هذا التصرف تحت طائلة الدعوى البولصية . على أن القواعد الأخرى للدعوى البولصية يجب تطبيقها هنا بدقة . ومن ثم يشترط أن يكون نزول الحائز عن التمسك بالتقادم ، حتى يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، سبباً في إعسار الحائز أو في زيادة إعساره . فإذا بقى الحائز موسراً بعد النزول عن التقادم ، فلا شأن لدائنيه بهذا النزول ما دامت حقوقهم مكفولة . ولما كان نزول المدين عن التمسك بالتقادم لا يعتبر تبرعاً كما قدمنا ، فإنه يشترط ، لعدم نفاذ هذا النزول في حق الدائنين ، أن يكون منطوياً على غش من الحائز وأن يكون المالك الذى صدر لمصلحته هذا النزول على علم بهذا الغش (٤) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤١٠ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٠٨ .

(٣) بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٢٣ .

(٤) وهذه المسائل مختلف فيها كل الاختلاف في فرنسا (انظر بودرى وتيسيه فقرة ١١٣ - فقرة ١١٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٢٦ - مارتى ورينو فقرة ١٩٧ ص ٢١٠) . أما في مصر ، فالنصوص صريحة لا تسمح بتديد مدى هذا الاختلاف (انظر في ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٦٢ ص ١١٥ هامش ١) .

هذا وإذا نزل الحائز عن التمسك بالتقادم في الدعوى المرفوعة عليه من المالك ففضى للمالك بحقه ، وفات دائي الحائز أن يتدخلوا في الدعوى ليطعنوا بالدعوى البولصية في نزول الحائز ، فإن لم أن يطعنوا في الحكم الصادر في الدعوى بطريق اعتراض الخارج عن الحصومة ، بشرط =

٤١٣ - جواز النزول عن المدة التي انقضت في تقادم مكسب لم

يكتمل : وقد يقع أن الحائز ينزل عن التقادم ، لا قبل سريانه فيكون نزولا عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ومن ثم يكون باطلا ، ولا بعد اكتماله فيكون نزولا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ومن ثم يكون صحيحاً ، ولكن في أثناء سريان التقادم . وهذا النزول يكون صحيحاً فيما يتعلق بالمدة التي انقضت ، لأنه نزول عن حق في مدة قد انقضت فعلاً . ومن ثم نزول هذه المدة ولا يعتد بها في حساب التقادم ، ويبدأ تقادم جديد يسرى من وقت النزول عن المدة التي انقضت .

والتكييف الصحيح لهذا النوع من النزول إنما هو قطع للتقادم عن طريق إقرار الحائز بحق المالك . ذلك بأن الحائز إذا نزل عن المدة التي انقضت في تقادم لم يكتمل ، إنما يقر بحق المالك ، فيقطع الإقرار التقادم ، ولا يعتد بالمدة التي انقضت كما سبق القول عند الكلام في انقطاع التقادم بالإقرار (١) .

§ ٢ - الآثار التي تترتب على التقادم المكسب

٤١٤ - التقادم المكسب سبب لكسب الملكية : ليس التقادم المكسب

مجرد قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن الحائز هو المالك للعين التي حازها المدة اللازمة للتقادم ، بل هو سبب مباشر لكسب الملكية (٢) ٥

= أن يثبتوا غش الحائز وتواطؤه مع المالك الذي نزل له عن التمسك بالتقادم (بودرى وتيسيه فقرة ١٢٠) . وقد قدمنا (انظر آنفاً فقرة ص ١٠٦٣) أن الدائنين إذا نجحوا في الطعن في نزول الحائز عن التمسك بالتقادم تطبيقاً لأحكام المادة ٣٨٨/٢ مدنى ، فإن عليهم بعد ذلك أن يتمسكوا بالتقادم نيابة عن مديهم الحائز تطبيقاً لأحكام المادة ٣٨٧/١ مدنى .

وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٦٠ - فقرة ٦٦٢ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٩٩ - ويترتب على هذا التكييف أنه ما دام النزول عن المدة التي انقضت في تقادم مكسب لم يكتمل إنما هو قطع للتقادم ، فالأهلية الواجبة فيه هي أهلية التصرف لا أهلية الإدارة ، إذ أن أهلية التصرف واجبة في قطع التقادم المكسب ، بخلاف التقادم المسقط فتكفى في قطعه أهلية الإدارة (انظر آنفاً فقرة ٣٩٩) .

وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٦٣ .

(٢) انظر شفيق شحاته فقرة ٢٨٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٠٩ ص ٥٣٩ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٣٧٧ - ومع ذلك نرى محكمة النقض تردد في بعض أحكامها أن التقادم قرينة قانونية قاطعة على الملك . من ذلك ما قضت به من أن الأساس التشريعى للتقادم هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توفر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد (نقض مدنى ٨ ديسمبر =

فلو أن الحائز كان غير مالك للعين ، وحازها مدة خمس عشرة سنة في التقادم المكسب الطويل ، أو خمس سنوات في التقادم المكسب القصير ، وتمسك بالتقادم . فإن ملكية العين تنتقل من الشخص الذي كان يملكها وقت بدء الحيازة إلى الحائز ، ويصبح هذا الأخير هو المالك ، وسبب انتقال الملكية إليه هو التقادم المكسب الطويل أو التقادم المكسب القصير ^(١) . وهذا ما تؤكدته المادة ٩٦٨ مدني في التقادم المكسب الطويل ، فهي تقول كما رأينا ^(٢) : « من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به ، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة » . فالحائز إذن يكون له « أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني » ، ويتحقق هذا الكسب عن طريق التمسك بالتقادم المكسب الطويل ، فهذا التقادم يكون بناء على ذلك سبباً من أسباب كسب الملكية ^(٣) . وهذا

= سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٩ ص ٦٩ . ومن ذلك أيضاً ما قضت به من أنه إذ كان التقادم المكسب هو في حكم القانون قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك لصاحب اليد ، كان توافر هذه القرينة لمصلحة جهة الوقف دليلاً على أن العين التي تحت يدها موقوفة وفقاً صحيحاً ولو لم يحصل به إشهاد (نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٣ ص ٦٠٢) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٢ - ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٩٥ ص ٦١٤ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤٢ ص ٨٣٩ .

(١) ومع ذلك قد يبقى للمالك دعاوى شخصية يستطيع أن يستردها بها العين . ويصعب تصور ذلك في التقادم المكسب الطويل ، إذ أن هذه الدعاوى الشخصية ، تسقط بالتقادم المسقط بنفس المدة التي تكسب بها العين بالتقادم المكسب ، وهي خمس عشرة سنة . ولكن يمكن تصور ذلك في التقادم المكسب القصير : يشتري شخص عقاراً من غير مالك ، ويكون البيع قابلاً للإبطال أو قابلاً للفسخ ، ويحوز المشتري العقار بحسن نية وبهذا السبب الصحيح خمس سنوات ، فيملكه بالتقادم المكسب القصير . ولكن يستطيع المالك الحقيقي أن يستعمل دعوى البائع في إبطال البيع أو فسخه ، إذ هو دائن له فيكون من حقه أن يستعمل دعاوى مدينه ، فيبطل البيع أو يفسخه ، ومن ثم يسترده العقار من تحت يد المشتري (أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥٢٤ - ص ٥٢٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٧ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٣٢١٥) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٧١ .

(٣) وقد قضى بأن التملك بوضع اليد واقعة متى توافرت شرائطها القانونية فإنها تكفي بذاتها سبباً لكسب الملكية ، وليس ما يمنع مدعى التملك بهذا السبب من أن يستدل بعقد شرائه غير =

ما تؤكد أنه أيضاً المادة ١/٩٠٩ مدني في التقادم المكسب القصير ، إذ تقول : « إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقارى وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح . فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات » . فالتقادم بخمس سنوات يكسب إذن الحائز ملكية العقار أو الحق العيني العقارى ، وعلى ذلك يكون التقادم المكسب القصير هو أيضاً سبب من أسباب كسب الملكية (١) .

والحائز الذي يكسب الملكية بالتقادم يستطيع أن يتمسك بكسبها عن طريق الدفع أو عن طريق الدعوى . فإذا رفع المالك عليه دعوى الاستحقاق دفع دعواه هذه بالتمسك بالتقادم ، فيكون التمسك بكسب الملكية هنا بطريق الدفع (٢) كذلك يستطيع أن يتمسك بكسب الملكية بطريق الدعوى ، فلو أن العين بعد أن تملكها بالتقادم المكسب خرجت من حيازته ، فإنه يستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق على من آلت إليه الحيازة ويتمسك بالتقادم المكسب سبباً لكسب الملكية ، فيكون التمسك بكسب الملكية هنا بطريق الدعوى (٣) .

= المسجل على انتقال حيازة العين إليه ، وتكون حيازته في هذه الحالة امتداداً لحيازة سلفه البائع له (نقض مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٣٨ ص ٨٩٠) . وانظر نقض مدني ١٧ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٢ ص ١١١ (حتى لو اقترنت الحيازة بعقد ثبتت صوريته أو بطلانه) - استئناف وطني ٢١ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٣ ص ١٨٢ .

(١) انظر بودري وتيسيه فقرة ٢٦ ص ١٨ - ص ١٩ - مازو فقرة ١٥٠٧ - وقارن أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٠ ص ٤٤٣ - ص ٤٤٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت المنازعة التي أثارها المالك الأصلي للعقار تجاه حائزه لاحقة لا كمال مدة التقادم الطويل المكسب للملكية الحائز ، فإنه لا يعتد بها (نقض مدني ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ رقم ٤٧ ص ٣٠٦) .

(٣) وهناك من الشرائع ما لا يجعل التمسك بالتقادم إلا بطريق الدفع ، فيكون التقادم أقرب إلى التقادم المسقط منه إلى التقادم المكسب ، كالقانون الروماني والشرعة الإسلامية . ففي القانون الروماني كان التقادم المكسب الطويل (*praescriptio longi temporis*) ، الذي أدخله البريطور إلى جانب التقادم المكسب (*usucapio*) ليسرى على أراضي الأقاليم وعلى الأجانب ، لا يعطى في أول الأمر للحائز إلا دفعاً ضد دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك ، وإن كان قد انتهى إلى أن يكون دفعاً ودعوى ، فيستطيع الحائز أن يدفع به دعوى الاستحقاق ، كما يستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق على من يأخذ منه الحيازة (انظر آنفاً فقرة ٣٦٨) . وفي الشريعة الإسلامية لا يعطى مرور الزمن للحائز إلا دفعاً ، فإذا دفع عليه المالك دعوى الاستحقاق استطاع أن يدفعها بعدم جواز سماع الدعوى لمرور الزمن ، ولكنه لا يستطيع إذا خرجت العين من حيازته أن يدفع هو دعوى الاستحقاق على الحائز الجديد ، فيكون التقادم في الشريعة الإسلامية تقادماً مسقطاً لا تقادماً مكسباً (انظر بودري وتيسيه فقرة ٦٢٠ ص ٤٧ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢١٤) .

٤١٥ - التقادم المكسب يكسب الملكية بأثر رجعي : وإذا كسب الحائز الملكية بالتقادم عن طريق التمسك به . فإن الملكية تنتقل إلى الحائز . لا من وقت التمسك بالتقادم أو من وقت اكتمال مدة التقادم فحسب ، بل تنتقل إليه بأثر رجعي من وقت بدء الحيازة التي أدت إلى التقادم . فيعتبر الحائز مالكا للعين التي كسبها بالتقادم من وقت أن وضع يده عليها بنية تملكها . ويكون مالكا إياها طوال مدة التقادم ^(١) واستناد التقادم بأثر رجعي إلى وقت بدأ سريانه إنما تقضى به طبيعة نظام التقادم . والهدف الذي يرمى هذا النظام إلى تحقيقه . فهو يرمى إلى حماية الأوضاع المستقرة . وقد أخذت هذه الأوضاع تستقر منذ بدأ سريان التقادم . ومن ذلك الوقت أخذ الحائز يظهر بمظهر المالك ويتعامل في العين تعامل الملاك فيديرها ويؤجرها ويقبض ثمارها ويرتب عليها حقوقا للغير . فإذا اكتملت مدة التقادم وملك الحائز العين أجوز بعد ذلك أن تناقش هذه الأوضاع التي استقرت ومضت عليها مدة طويلة . فاطمأنت إليها الناس ؟ الواجب إذن الرجوع إلى الوقت الذي بدأ فيه سريان التقادم . واعتبار الحائز مالكا للعين من ذلك الوقت ^(٢) .

ويترتب على أن للتقادم المكسب أثرا رجعيا على النحو الذي قدمناه . وأن الحائز يعتبر مالكا للعين منذ بدء الحيازة . النتائج الآتية :

(أولا) : أن الحائز الذي يملك العين بالتقادم لا يرد ثمارها للمالك ، حتى لو لم يملك هذه الثمار استقلالاً بالقبض أو بالتقادم . فقد يكون سوء النية ولا يمضي على قبضه للثمار مدة خمس عشرة سنة . فلا يستطيع أن يملك الثمار بالقبض لأنه سوء النية . ولا أن يملكها بالتقادم لأنه لم يمض على حيازته إياها مدة خمس عشرة سنة . ومع ذلك لا يرد الثمار للمالك . وذلك بفضل الأثر الرجعي للتقادم . فقد اعتبر الحائز مالكا منذ بدأ سريان التقادم كما قدمنا . فتكون العين على ملكه وقت أن أنتجت الثمار فيتملك الثمار باعتباره مالكا لأصل العين ^(٣) .

(١) بلانيول ورييبر وبيكر ٣ فقرة ٧٤٨ ص ٧٤٤ .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ١٠٣ مكررة - بلانيول ورييبر وبيكر ٣ فقرة ٧٤٨ ص ٧٤٤ - بلانيول ورييبر وبولانجييه ١ فقرة ٣٢١٦ - كولان وكابتان ودي لامورانديرا فقرة ١١٩٤ ص ٩٧٢ .

(٣) بودري وتيسيه فقرة ١٠٣ ص ٨٩ - بلانيول ورييبر وبيكر ٣ فقرة ٧٤٨ ص ٧٤٤ - بلانيول ورييبر وبولانجييه ١ فقرة ٣٢١٧ - كولان وكابتان ودي لامورانديرا فقرة ١١٩٤ ص ٩٧٢ - مازو فقرة ١٥٠٩ ص ١٢١٠ - مارتى ورينو فقرة ١٩٦ - كاربونييه ص ٢١٤ .

(ثانياً) : إذا رتب المالك ، في خلال مدة التقادم ، حقاً عينياً على العين التي وضع الحائز يده عليها كحق رهن فان هذا الحق ، إذا اكتملت مدة التقادم وتمسك الحائز به فملك العين ، لا يسرى في حق الحائز (١) . ولا يفسر ذلك إلا الأثر الرجعي للتقادم المكسب ، فان الحائز يعتبر مالكا للعين من وقت بدء سريان التقادم ، فلا يكون المالك السابق مالكا إياها في خلال هذا الوقت وهو الوقت الذي رتب فيه حق الرهن ، ومن ثم يكون الرهن صادراً من غير مالك فلا يسرى في حق الحائز بعد أن كسب العين بالتقادم . أما الحقوق العينية التي يكون المالك قد رتبها على العين قبل بدء سريان التقادم ، فانها تسرى في حق الحائز حتى بعد أن يتملك العين بالتقادم ، إلا إذا كانت قد انقضت بالتقادم المسقط أو انتقلت إلى الحائز بالتقادم المكسب مستقلة عن حق الملكية (٢).

(١) كذلك لو باع المالك العين ، ولكنها بقيت في حيازة الحائز ولم ينقطع التقادم إلى أن اكتملت مدته ، فان الحائز يعتبر مالكا للعين من بدء الحيازة ، ولا يسرى في حقه البيع إذ يعتبر صادراً من غير مالك . وتنتج الحيازة أثرها في حق المالك وفي حق المشتري منه ، دون أن يكون الحائز مضطراً إلى ابتداء حيازة جديدة في حق المشتري من المالك ، فالحيازة القديمة تكفي مادامت لم تنقطع . وإذا وقف المالك العقار في خلال مدة التقادم واكتملت المدة ، فان الحائز يتملك العقار بالتقادم العادي ولا يسرى الوقف في حقه . وقد قضى بأنه إذا وضع شخص يده على عقار ، ثم حصل وقف العقار بمعرفة مالكة الأصل وظلت يد الحائز قائمة دون المالك الأصلي ، تملك الحائز العقار بمدد التقادم العادي ، ولا يسرى الوقف في حق الحائز (طنطا الكلية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩٠ رقم ٢٣٧ ص ٤٧٠) .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ١٠٣ ص ٨٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٨ ص ٧٤٤ - كولان وكابيتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١١٩٤ ص ٩٧٢ - مازو فقرة ١٥٠٩ - ١٥١٠ - مارق ورينو فقرة ١٩٦ . فاذا رتب المالك قبل بدء سريان التقادم حق رهن على العين ، فان تملك الحائز للعقار بالتقادم لا يستتبع انقضاء الرهن ، بل يبقى الرهن قائماً حتى يزول بسبب من أسباب انقضائه ، كما إذا انقضى بانقضاء الدين المضمون به . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا وضع شخص يده على عقار مرهون المدة الطويلة المكسبة للملكية ، فان تملكه العقار لا يستتبع حتماً انقضاء الرهن ، بل يكون للدائن المرتهن الحق في نزع ملكية العقار وفاء لدينه . ولا يصح القول بأن وضع اليد على ذلك العقار المدة الطويلة يكسب ملكية العقار وملكه الرهن ، إذ هذا يؤدي إلى إهدار حق الدائن المرتهن الذي كفله نص المادة ٥٥٤ مدني من استيفاء حقه بالأولوية والتقدم من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون ، كما أن فيه إجازة لسقوط الرهن مستقلاً عن الدين المضمون به مع أنه تابع له لا ينقضي إلا بانقضائه (نقض مدني ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٣٠١) . وانظر أيضاً استئناف محتلط دوائر -

(ثالثاً) : إذا رتب الحائز ، في خلال مدة التقادم ، حقاً عينياً على العين التي حازها ، ثم تملك العين بالتقادم ، فإن هذا الحق يصبح نافذاً باتاً (١) .
والأثر الرجعي أيضاً هو الذي يفسر ذلك ، فإن الحق العيني الذي رتبه الحائز في خلال مدة التقادم كان صادراً من غير مالك إذ أن مدة التقادم لم تكن قد

مجمعة ١٧ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٧٧ - استئناف محتلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٨ - ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٣٠ - ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٩٧ .
وكالمرهن سائر الحقوق العينية التبعية كحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، ولم يقرر المشرع المصري ، كما قرر المشرع الفرنسي في المادة ٢٨٨٠ مدني فرنسي ، سقوط الرهن والامتياز بالتقادم (محمد علي عرفه ٢ فقرة ١٥٩ ص ٢٩٩) . أما إذا قرر المالك قبل بدء سريان التقادم حقاً عينياً أصلياً ، كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، فإذا لم يستعمل المستفيع أو صاحب العقار المرتفق حق الانتفاع أو حق الارتفاق طوال مدة الخمس عشرة سنة مدة التقادم الطويل ، فإن الحائز يكسب ملكية العين خالية من حق الانتفاع أو حق الارتفاق ، إذ يكون قد كسب الملكية بالتقادم الطويل المكسب ، وسقط حق الانتفاع أو حق الارتفاق بعدم الاستعمال أو التقادم المسقط .
ويلاحظ هنا أن التقادم المسقط يكتمل مستقلاً عن التقادم المكسب وإن كانت مدتهما واحدة ، فقد يعترض أحد النوعين من التقادم سبب الوقف أو للانقطاع لا يعترض التقادم الآخر . ويلاحظ أيضاً أنه كما يسقط حق الانتفاع بالتقادم المسقط ، فإنه يجوز كذلك كسبه بالتقادم المكسب ، وذلك إذا وضع الحائز يده على العين باعتبارها غير مثقلة بحق الانتفاع ، فيكون قد وضع يده على كل من الرقبة وحق الانتفاع وملك كلا منهما بالتقادم المكسب الطويل . أما حق الارتفاق هنا فلا يرد عليه إلا عدم الاستعمال أو التقادم المسقط ، فيسقط به . وإذا كان لدى الحائز سبب صحيح وكان حسن النية ، فإنه يملك العقار بخمس سنوات مدة التقادم القصير ، وفي هذه الحالة يبقى العقار منقلاً بحق الارتفاق أو بحق الانتفاع لأن أياً من الحقيقتين لم يسقط بعدم الاستعمال إذ لم يمض على تركه إلا خمس سنوات . ولكن يجوز أن يملك الحائز بالتقادم القصير حق الانتفاع إذا وضع يده على العقار باعتباره غير مثقل بهذا الحق ، أما حق الارتفاق هنا فلا يرد عليه إلا عدم الاستعمال أو التقادم المسقط ومدته خمس عشرة سنة . وإذا كسب الحائز حق الانتفاع بالتقادم القصير ، فإنه يكسبه مستقلاً عن حق الرقبة ، وإن كانت مدة التقادم القصير في كل منهما واحدة ، فقد يعترض تقادم حق الانتفاع أو تقادم الرقبة سبب الوقف أو للانقطاع لا يعترض التقادم الآخر (انظر أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥٢٣ - ص ٥٢٤ - بودري وتيسيه فقرة ٦٩٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٦ - اسماعيل غام ص ١٣٢ - ص ١٣٣) .

(١) بودري وتيسيه فقرة ١٠٣ ص ٩٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٨ ص ٧٤٤ - بلانيول وريبير وبولاجيه ١ فقرة ٣٢١٧ - كولان وكايتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١١٩٤ ص ٩٧٣ - مازو فقرة ١٥٠٩ - مارتق ورينو فقرة ١٩٦ - كاربونييه ص ٢١٤ .

اكتملت ، فكان ينبغي أن يبقى معتبراً أنه صدر من غير مالك حتى بعد اكتمال مدة التقادم لو أن التقادم المكسب لم يكن له أثر رجعي . أما وهذا التقادم له أثر رجعي ، فإن الحائز يعتبر مالكا للعين من وقت بدء سريان التقادم ، فيكون مالكا لها وقت أن رتب الحق العيني . ومن هنا يصبح هذا الحق نافذاً باتاً كما سبق القول .

١٦ - تخلف التزام طبيعي عن التقادم المكسب : وكما يتخلف التزام

طبيعي عن الالتزام الذي ينقضي بالتقادم المسقط . وقد صرحت بذلك المادة ١/٣٨٦ مدني إذ تقول : « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي » (١) ، كذلك يتخلف التزام طبيعي عن الحق الذي يكسب بالتقادم المكسب . فإذا ملك الحائز العين بالتقادم المكسب . ولم يكن قبل التقادم مالكا لها . فانه بالرغم من تملكه العين بالتقادم يبقى ملتزماً التزاماً طبيعياً نحو المالك الحقيقي برد العين إليه (٢) .

والآثار التي تترتب على هذا الالتزام الطبيعي هي نفس الآثار التي تترتب على أي التزام طبيعي . وأهم هذه الآثار هي : (١) يجوز للحائز أن يوفي مختاراً وعن بينة من أمره بالتزامه الطبيعي . فيرد العين . فإذا كان الحائز . بعد التمسك بالتقادم وكسب الحق . قد استجاب لداعي ضميره فرد العين إلى مالكيها الحقيقي ، كان هذا وفاء لالتزام طبيعي وليس تبرعاً . ومن ثم لا يشترط في هذا الوفاء شكل خاص ، ولا تشترط أهلية التبرع ، ولا يجوز للحائز أن يسترد العين بعد ردها للمالك الحقيقي (٣) وغنى عن البيان أن الالتزام الطبيعي

(١) انظر في تاريخ النص وفيما يقابله في التقنين المدني السابق وفي التقنينات المدنية العربية الأخرى الوسيط ٣ فقرة ٦٦٤ - وانظر في تخلف الالتزام الطبيعي عن التقادم المسقط الوسيط ٣ فقرة ٦٧٥ - فقرة ٦٨٠ .

(٢) أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ هامش ١ - بودري وتيسيه فقرة ١٠٤ ص ٩٠ - ص ٩١ بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٤ ص ٧٤٢ - مازو فقرة ١٥١٣ .

(٣) بودري وتيسيه فقرة ١٠٤ ص ٩١ - أما إذا كان الحائز قد رد العين لمالكها الحقيقي قبل التمسك بالتقادم ، فإن ذلك يكون تنفيذاً لالتزام مدني لا لالتزام طبيعي ، لأنه لم يملك العين بالتقادم إذ هو لم يتسكك به ، فيبقى التزامه بالرد التزاماً مدنياً (بودري وتيسيه فقرة ١٠٤ ص ٩١ - ص ٩٢) . وعلى ذلك لا يستطيع بعد أن يرد العين للمالك الحقيقي أن يستردها منه حتى لو كان قد ردها عن غلط ، كأن كان وقت أن ردها لا يعلم باكتمال مدة التقادم كان يظن أن المدة لا تزال سارية دون أن تكتمل . وكان يستطيع استردادها لو أنه ردها عن غلط تنفيذاً للالتزام الطبيعي الذي تخلف في ذمته (الوسيط ٣ فقرة ٦٦٥ ص ١١٥٤) .

لا يتخلف في ذمة الحائز ، إلا إذا كان هذا الأخير لا يملك العين قبل التقادم واعتمد في تملكها على التمسك بالتقادم . فيكون ضميره في هذه الحالة هو الرقيب عليه . فقد يدعو إلى رد العين لمالكها الحقيقي حتى يأخذ كل ذي حق حقه . ويكون هنا قد وفى بالتزام طبيعي . أما إذا كان يملك العين قبل التقادم ، وإنما لجأ إلى التمسك بالتقادم تخففاً من عبء إثبات ملكيته للعين ، فلا محل للقول بتخلف التزام طبيعي . بل يملك الحائز العين بالتقادم دون أن يتخلف أى التزام طبيعي عن ذلك . فالأمر إذن موكول إلى ضمير الحائز . يهديه إلى ما يجب عليه أن يفعله (١) . (٢) يجوز كذلك اتخاذ الالتزام الطبيعي المتخلف في ذمة الحائز سبباً صحيحاً لإنشاء التزام مدنى . فإذا كان الحائز . بدلاً من أن يرد العين فعلاً لمالكها الحقيقي . تعهد بأن يردّها إليه . فانه ينشئ بهذا التعهد التزاماً مدنياً في ذمته يجبر على الوفاء به . ويجب أن يكون قد قصد أن يلتزم برد العين التزاماً مدنياً . فلا يكفي مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي في ذمته (٢) . (٣) ولكن لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي المتخلف في ذمة الحائز . إذا قصد بالكفالة أن يترتب في ذمة الكفيل التزام مدنى يضمن الالتزام الطبيعي . ولكن إذا كفّل الكفيل هذا الالتزام الطبيعي وهو يعتقد أنه التزام مدنى . فان التزامه يكون التزاماً طبيعياً مثل الالتزام الأصيل . إذ لا يصح أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين (٣) .

المبحث الثانى

الحيازة بحسن نية باعتبارها سبباً لكسب الملكية

المطلب الأول

كسب ملكية العقار

(التقادم المكسب القصير فى العقار)

٤١٧ - نص قانونى : تنص المادة ٩٦٩ مدنى على ما يأتى .

« ١ - إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقارى وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح ، فان مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات » .

(١) الوسيط ٣ فقرة ٦٧٦ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٦٧٧ .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٦٧٩ ص ١١٧٢ .

- ٢ - ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقى الحق .
 ٣ - والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء
 أو صاحب للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلا طبقا
 للقانون « (١) .
 ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ١٠٢/٧٦ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن الفقرة الثالثة من النص كانت في المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : «السبب الصحيح لا يفترض وجوده ، ويصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون» . وقد حذفت لجنة المراجعة من النص في فقرته الثالثة عبارة «لا يفترض وجوده» ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ١٠٤٤ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٤ - ص ٤٩٦) .

(٢) التقنين المدني السابق م ١٠٢/٧٦ : تحصل ملكية العقارات والحقوق العينية لمن وضع يده عليها بنفسه أو بوكيل عنه بغير منازع مدة خمس سنوات متوالات بصفة مالك ، بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنياً على سبب صحيح . . . (وأحكام التقنين المدني السابق تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد ، ويؤخذ على نص التقنين المدني السابق أنه أغفل اشتراط حسن النية ولم يحدد معنى السبب الصحيح ولم يعرض لمسألة التسجيل ، وقد تدارك التقنين المدني الجديد هذه العيوب : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨ - ص ٤٩٩) . وقد جرى القضاء في عهد التقنين المدني السابق على اشتراط حسن النية بالرغم من إغفال النص لهذا الشرط : استئناف وطنى ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٥٣ - أسبوط الكلية ٢٧ يونيه سنة ١٩٢٥ المحاماة ٧ رقم ٢١ ص ٣٨ - استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٣٤٠ - ٧ يونيه سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٣٠٠ - ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠٣ - ٣ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٧١ - ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٠ - ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣٠ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣١ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢٠ - ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤٨ - ١٣ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٦ - ٢٥ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨٧ - ٢٩ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٩٩ - ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٣ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٢٢ - بل إن هناك حكماً شاذاً من محكمة الاستئناف المختلطة يقضى باشتراط حسن النية حتى في التقادم المكسب الطويل (استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٨) ، ولكن المحكمة ما لبثت أن رجعت إلى رأى الصحيح وتواترت أحكامها على أن حسن النية غير لازم في التقادم المكسب الطويل (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨٧ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٦ - ١٠ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٧٢ - ٢٥ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٩١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩١٨ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٧٣ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٥٨/٣ و٢ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٧ (١) .

والصورة المألوفة لتطبيق النص سالف الذكر هي أن يبيع غير المالك عقارا باعتبار أنه هو المالك ، ويكون المشتري حسن النية أى يعتقد أن البائع مالك للعقار ، فاذا حاز المشتري العقار فانه لا يحتاج في تملكه إياه إلى التقدم المكسب الطويل ومدته خمس عشرة سنة ، بل يكتفى في تملكه للعقار بالتقدم المكسب القصير ومدته خمس سنوات فقط . والسبب في تقصير مدة التقدم ، وجعلها خمس سنوات بدلا من خمس عشرة سنة ، هو أن الحائز هنا يمتاز عن الحائز في التقدم المكسب الطويل بأنه حسن النية وعنده سبب صحيح يدعم حسن نيته . وهذا كله في العقار ، أما في المنقول فان من يشتريه من غير مالك ويكون

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩١٨ (تطابق المادة ٩٦٩ مدنى مصرى في فقرتيها الأوليين . أما الفقرة الثالثة من المادة ٩١٨ مدنى سورى فتجرى على الوجه الآتى : «والسبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار باحدى الوسائل التالية^١ : الاستيلاء على الأراضى المرات ، انتقال الملك بالإرث أو الوصية ، الهبة بين الأحياء بدون عوض أو بعوض ، البيع أو الفراغ» . وظاهر أن السبب الصحيح في التقنين السوري أوسع بكثير من السبب الصحيح في التقنين المصرى) .
التقنين المدني الليبي م ٩٧٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٥٨ / ٣ و٢ - ١١٥٨ / ٢ : وإذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيى عقارى ، وكان غير مسجل في دائرة الطابو واقرنت الحيازة بحسن النية واستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح ، فان المدة التى تمنع من سماع الدعوى تكون خمس سنوات . ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت نلق الحق . ١١٥٨ / ٣ : والسبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار باحدى الوسائل الآتية : (أ) الاستيلاء على الأراضى المراث .^١ (ب) انتقال الملك بالإرث أو الوصية . (ج) الهبة . (د) البيع أو الفراغ . (والتقنين العراقي ، في تحديد السبب الصحيح ، يوافق التقنين السوري ، وهو أوسع من التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٧ : يكتسب حق القيد في السجل العقارى ، فيما يتعلق بالمقارات والحقوق غير المقيدة في السجل العقارى ، يوضع يد الشخص بصورة هادئة علنية مستمرة مدة خمس سنوات ، هو بنفسه أو بواسطة شخص آخر لحسابه ، بشرط أن يكون لدى واضح اليد سبب محقق . . . (وأحكام القانون اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، ولم يصرح القانون اللبناني بشرط حسن النية) .

حسن النية يملكه في الحال بمجرد الحيازة كما سيأتى . وذلك بموجب القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية .

فالقانون هنا يعالج حالة خاصة ، هى حالة من يتلقى الملكية من غير مالك بسبب صحيح وهو حسن النية . وقد وجدته جديرا بالعناية ، وأراد أن يحصنه من مطالبة المالك الحقيقى له . فلم ير أن يجعله معرضا لهذه المطالبة طوال مدة الخمس عشرة سنة وهى المدة اللازمة للتملك بالتقادم المكسب الطويل ، بل قصر هذه المدة إلى خمس سنوات فى العقار . وألغاها أصلا فى المنقول فيتملك الحائز المنقول بمجرد الحيازة ، وذلك كله جزاء على حسن النية المدعوم بالسبب الصحيح . فالتقادم المكسب القصير فى العقار . ومدته خمس سنوات ، أريد به تغطية من يتعامل فى العقار مع غير المالك . فيصبح بعد انقضاء هذه المدة القصيرة كأنه تعامل مع المالك (١) .

والتقادم المكسب القصير ، على النحو الذى بيناه يشترك فى أكثر قواعده مع التقادم المكسب الطويل . ثم ينفرد بقواعد خاصة به .

٤١٨ - القواعد التى يشترك فيها التقادم المكسب القصير مع التقادم

المكسب الطويل : الأصل أن قواعد التقادم المكسب الطويل تسرى على التقادم المكسب القصير . إلا فيما استثنى بنص خاص . وعلى ذلك يسرى على التقادم المكسب القصير قواعد التقادم المكسب الطويل فيما يتعلق بالأمور الثلاثة الجوهرية الآتية : (١) كيف يتحقق التقادم . (٢) إعمال التقادم . (٣) الآثار التى تترتب على التقادم . وقد سبق أن طبقنا نفس القواعد على كل من التقادم الطويل والتقادم القصير فى مناسبات مختلفة .

١ - ففما يتعلق بتحقيق التقادم ، يتحقق التقادم المكسب القصير طبقا للقواعد التى يتحقق بها التقادم المكسب الطويل . فيجب أن يكون العقار الخاضع للتقادم المكسب القصير عقارا قابلا للتعامل فيه ، وقابلا للحيازة (٢) . ومن

(١) فالتقادم المكسب القصير ، إلى جانب حمايته لاستقرار التعامل ويشترك فى ذلك مع التقادم المكسب الطويل (أنظر آنفاً فقرة ٣٦٧) ، يحى أيضاً الحائز حسن النية المستند إلى سبب صحيح ، فيتملك هذا الحائز العقار بخمس سنوات بدلا من خمس عشرة سنة (بلانيول وريييز وبيكار ٣ فقرة ٧٠٠) .

(٢) آنفاً فقرة ٣٧٣ .

ثم لا يسرى التقادم المكسب القصير على الدومين العام^(١) . ولا على الدومين الخاص^(٢) . ولا على الوقف الحيرى^(٣) . ويجب أن يخضع العقار لحيازة مستوفية لعنصرها المادى والمعنوى . وخالية من العيوب^(٤) . ومدة التقادم ، وهى خمس سنوات فى التقادم القصير كما قدمنا ، لا يجوز الاتفاق على تعديلها . وتحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات . ولا يحسب اليوم الأول ، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها^(٥) . ويبدأ سريان التقادم من اليوم التالى لليوم الذى بدأت فيه الحيازة^(٦) . ولا يسرى فى الحقوق المعلقة على شرط واقف إلا من وقت تحقق الشرط ، ولا فى الحقوق المقرنة بأجل إلا من وقت حلول الأجل^(٧) . ولا فى الحقوق الاجتماعية إلا من وقت تكامل عناصرها^(٨) . وإذا ثبت قيام الحيازة فى وقت سابق معين وكانت قائمة حالا ، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها فى المدة . ما بين الزميين ما لم يقم الدليل على العكس^(٩) . وتسرى قواعد ضم المدد فى حالة تعاقب الحائزين على الوجه الذى بسطناه فى التقادم الطويل^(١٠) . وتسرى قواعد وقف التقادم على النحو الذى قدمناه ، فلا يسرى التقادم القصير . كما لا يسرى التقادم الطويل . كلما وجد مانع يتعذر معه على المالك أن يطالب بحقه . ولو كان المانع أدبيا^(١٢) ومن أسباب وقف التقادم أسباب تتعلق بالشخص^(١٣) ، ومنها أسباب ترجع إلى ظروف مادية اضطرارية^(١٤) . كذلك تسرى قواعد انقطاع التقادم ، فينقطع التقادم

(١) آنفاً فقرة ٣٧٤ .

(٢) آنفاً فقرة ٣٧٥ .

(٣) آنفاً فقرة ٣٧٦ .

(٤) آنفاً فقرة ٣٧٨ .

(٥) آنفاً فقرة ٣٨٠ .

(٦) آنفاً فقرة ٣٨١ .

(٧) آنفاً فقرة ٣٨٢ .

(٨) آنفاً فقرة ٣٨٣ .

(٩) آنفاً فقرة ٣٨٤ .

(١٠) آنفاً فقرة ٣٨٥ .

(١١) آنفاً فقرة ٣٨٦ .

(١٢) آنفاً فقرة ٣٨٨ - فقرة ٣٩٠ .

(١٣) آنفاً فقرة ٣٩١ .

(١٤) آنفاً فقرة ٣٩٢ .

القصر بالمطالبة القضائية (١) . وباقرار الحائز بحق المالك (٢) ، وبفقد الحيازة (٣) .

٢ - وفيما يتعلق بأعمال التقادم ، يكون أعمال التقادم القصير ، كأعمال التقادم الطويل ، عن طريق التمسك بالتقادم ، فلا تقضى المحكمة بالتقادم القصير من تلقاء نفسها ، بل لا بد من التمسك به (٤) ، ويتمسك به الحائز وكل ذي مصلحة (٥) ، ويجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى (٦) . ولا يجوز التزول عن التقادم القصير مقدماً قبل ثبوت الحق فيه (٧) ، ولكن يجوز التزول عنه بعد ثبوت الحق فيه (٨) ، كما يجوز التزول عن المدة التي انقضت في تقادم قصيرة لم يكتمل (٩) .

٣ - وفيما يتعلق بالآثار التي تترتب على التقادم ، تترتب على التقادم القصير نفس الآثار التي تترتب على التقادم الطويل . فالتقادم القصير سبب لكسب الملكية (١٠) ، وهو يكسب الملكية بأثر رجعي (١١) ، ويتخلف عنه التزام طبيعي (١٢) .

(١) آنفاً فقرة ٣٩٥ - فقرة ٣٩٨ .

(٢) آنفاً فقرة ٣٩٩ - فقرة ٤٠٢ .

(٣) آنفاً فقرة ٤٠٣ - فقرة ٤٠٤ .

(٤) آنفاً فقرة ٤٠٧ .

(٥) آنفاً فقرة ٤٠٨ .

(٦) آنفاً فقرة ٤٠٩ .

(٧) آنفاً فقرة ٤١١ .

(٨) آنفاً فقرة ٤١٢ .

(٩) آنفاً فقرة ٤١٣ .

(١٠) آنفاً فقرة ٤١٤ .

(١١) آنفاً فقرة ٤١٥ .

(١٢) آنفاً فقرة ٤١٦ - وإذا تملك الحائز العقار بالتقادم القصير ، أصبح في مأمن من دعوى استحقاق ترفع عليه من المالك الأصلي للعقار . فإذا فرض أن هذا المالك باع العقار وكان البيع قابلاً للإبطال أو الفسخ وباع المشتري العقار لمشتريان حسن النية ، ثم أبطل المالك الأصلي البيع الأول أو فسخه ، فإن المشتري الأول يعتبر أنه لم يملك العقار أصلاً . وفي هذه الحالة يملك المشتري الثاني العقار بالتقادم القصير إذا بقى حائزاً له مدة خمس سنوات ، فقد اشترى من غير مالك ويحسن نية . ولا يستطيع المالك الأصلي أن يسترد منه العقار بدعوى استحقاق ، لأن دعوى الاستحقاق هذه يحول دونها تملك الحائز العقار بالتقادم القصير . (بودري وتيسيه فقرة ٦٩٨) . فإذا كان البيع الصادر من المشتري الأول للمشتري الثاني أي نفس السبب الصحيح الذي تلقى به الحائز العقار ، هو أيضاً بيع قابلاً للإبطال أو الفسخ ، فإن المشتري الأول =

ويمكن القول بوجه عام إن جميع القواعد التي تسرى على التقادم الطويل تسرى على التقادم القصير ، فيما عدا مسائل معينة انفرد بها التقادم القصير ، تنتقل الآن إليها .

٤١٩ - القواعد التي انفرد بها التقادم المسبب القصير : يمكن حصر

هذه القواعد في أربع : المدة التي يتم بها التقادم القصير ، واقتصار التقادم القصير على العقار دون المنقول ، وضرورة قيام السبب الصحيح ، واقتراح السبب الصحيح بحسن النية .

أما المدة في التقادم القصير فهي خمس سنوات بدلا من خمس عشرة سنة كما تقدم القول ، وتحسب على الوجه الذي تحسب به مدة الخمس عشرة سنة في التقادم الطويل ، وقد سبق بيان ذلك (١) . ولا تحسب مدة الخمس السنوات إلا من وقت اجتماع السبب الصحيح والحيازة ، فاذا سبقت الحيازة السبب الصحيح أو سبق السبب الصحيح الحيازة ، لم تسر المدة إلا بعد أن ينضم السبب الصحيح إلى الحيازة أو تنضم الحيازة إلى السبب الصحيح .

ويقتصر التقادم القصير على العقار دون المنقول . فلا يخضع لهذا التقادم إلا عقار معين بالذات ، أو حق عيني على عقار كحق الانتفاع بالعقار وحق الارتفاق الظاهر وحق رهن الحيازة العقارى . أما المجموع من المال (universalité) ولو لم يشتمل إلا على عقارات ، فلا يخضع للتقادم القصير ، كما لا يخضع للتقادم الطويل فيما قدمنا (٢) . فمن اشترى من الوارث الظاهر نصيبا في الميراث أى جزءا من مجموع التركة ، وهو حسن النية يعتقد أن البالغ هو الوارث

يستطيع أن يبطله أو يفسخه إذا لم تكن دعوى الإبطال أو دعوى الفسخ قد سقطت ، فيسترد العقار من المشتري الثانى حتى لو بقى هذا حائزاً له مدة خمس سنوات . ولما كان المالك الأصل الذى صدر منه البيع الأول هو دائن المشتري الأول ، فإنه يستطيع استعمال دعوى مدينه و إبطال البيع الثانى أو فسخه ، فيعود العقار إلى المشتري الأول ، ثم يعود المالك الأصل إلى إبطال أو فسخ البيع الأول الصادر منه ، فيسترد العقار (بودرى وتيسيه فقرة ٦٩٩ ص ٥٣٩) . هذا وإذا عجز المالك الأصل عن استرداد العقار بعد أن أبطل أو فسخ البيع الصادر منه المشتري الأول ، بسبب أن المشتري الثانى حاز العقار وهو حسن النية خمس سنوات ، فتملكه بالتقادم القصير ، فإن المالك الأصل يرجع بالتعويض على المشتري الأول (بودرى وتيسيه فقرة ٧٠٠) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٠ - فقرة ٣٨٦ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٧٣ .

الحقيقى ، لا يملك بالتقادم القصير ما اشتراه ولو كان كله عقاراً . فالتقادم القصير إنما يحول إذن دون دعوى استحقاق عقار بالذات يرفعها مالك هذا العقار ، ولا يحول دون دعوى الإرث يرفعها الوارث الحقيقى (١) .
بقى السبب الصحيح وحسن النية ، وهذان هما دعامتا التقادم المكسب القصير . فنتناولهما فيما يلى يبحث مفصل .

§ ١ - السبب الصحيح

٤٢٠ - **تحديد معنى السبب الصحيح** : المفروض أن عقاراً انتقلت حيازته إلى شخص ، وأن انتقال الحيازة يرجع إلى سبب قانونى يوجب انتقالها . فإذا كان هذا السبب هو تصرف قانونى (acte juridique) ناقل للملكية (translatif de propriété) كالبيع والوصية ، ولكنه مع ذلك لم ينقلها للحائز لأنه صادر من غير مالك (٢) ، وكان ينقلها لو أنه صدر من المالك . فهذا هو السبب الصحيح (juste titre) فى معنى التقادم المكسب

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٦٥١ - فقرة ٦٥٣ - بلانبول وريبير وبيكر ٣ فقرة ٧٠٠ ص ٧١٠ - كولان وكاييتان دوى لامورانديير ١ فقرة ١٢٠٣ ص ٩٧٩ - مارتى ورينو فقرة ١٩٨ .

(٢) أى من شخص لم يملك أصلاً . أو كان مالكا ولكن ملكيته زالت بأثر رجعى (كاربوينيه ص ٢٠٨) . والتصرف الصادر من الوكيل أو النائب مجاوزاً فيه حدود النيابة لا يعتبر تصرفاً صادراً من غير مالك ، فلا يصلح سبباً صحيحاً ، فهو لم يصدر من الأصيل ، وكذلك لم يصدر من النائب أصالة عن نفسه بل باسم الأصيل (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٢١ ص ٦٤٨ هامش ٢) . وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان السبب الصحيح هو السند الذى يصدر من شخص لا يكون مالكا لشيء أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، وكان الثابت فى الوقائع أن هذا البيع الصادر للطاعنين إنما صدر لهما من وكيل عن المالك للأطيان المبيعة ، فإنه لا يتأتى فى هذا المقام الاستناد إلى وجود سبب صحيح . وإنما يتعين فى هذا هذا المجال إعمال ما تقضى به الأحكام الخاصة بالنيابة فى التعاقد وبأثار الوكالة فيما تقرره هذه الأحكام من أن على الوكيل أن يقوم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة ، ومن أنه إذا خرج عن حدودها وأبرم عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات لا يضاف إلى الأصل إلا إذا أجاز التصرف (نقض مدنى ١٢ مايو سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٦٠ ص ٣٩١) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا باع وكيل مال الموكل مجاوزاً فى ذلك حدود الوكالة ، لم يصلح البيع أن يكون سبباً صحيحاً (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢٢) .

القصير (١) . وسمى « صحيحاً » (juste) لأنه كان ينقل الملكية لو صدر من المالك . لا لأنه خال من أسباب البطلان فسرى أن التصرف القابل للإبطال يعتبر مع ذلك « سبباً صحيحاً » (٢) . فالمهم في السبب الصحيح هو أن يكون

(١) نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٠ ص ٧٠٠ - استئناف وطني ٥ يناير سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ١٩٠ - ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٧٤ ص ١٧١ - استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المخامة ١٧ رقم ٥٣ ص ١٠٣ - استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٠ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠١ - ٨ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٠٦ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٠ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٣٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المراد بالسبب الصحيح في تملك العقار بالتقادم الحمسي هو كل تصرف قانوني يستند إليه واضع اليد في حيازته للعقار . ويجعل وضع يده عليه حالاً سليماً من شبهة الغصب في نظره واعتقاده . والمراد بكون السبب صحيحاً في هذا الباب هو أن يكون بطبيعته ناقلاً للملك لو أنه صدر من مالك أهل للتصرف . ولهذا يصلح العقد الباطل بطلاناً نسبياً ، وكذلك العقد المعلق على شرط فاسخ مدة قيام هذا الشرط ، لأن يكون سبباً صحيحاً لتمليك المشتري على أساسه العقار بوضع اليد (نقض مدني ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١) - وانظر نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ١ ص ٤٥٢ رقم ٥١ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦٠ ص ٦٩١ - ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٥ ص ١١٢٩ - ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٩٣ رقم ٥٢ - ٢٧ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٢٤٣ (بيع صادر من مالك لا يصلح سبباً صحيحاً) - ٢٢ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ ص ٦٨ (تمسك الراعي عليه المزارع بحكم مرسى المزارع ، وهو لم يصدر إلا بعد الحكم بتبعية العين بخة الوقف ، يعتبر تمسكاً بتصرف صادر من غير مالك . فصلح هذا التصرف لأن يكون سبباً صحيحاً) - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ ص ٧٠٣ ص ٧٠٣ (مقدار يحوزه واضع اليد خارجاً عن عقد مشتراه تعتبر حيازته غير مستندة إلى سبب صحيح . فلا يملكه الخائنز إلا بالتقادم الطويل) - ٢٨ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٦٢ ص ٣٩٨ (تصرف صادر من مالك لا يصلح سبباً صحيحاً) . وإذا باع المالك على الشيوع جزءاً من العقار مفرزاً ، فإن البيع يعتبر صادر من غير مالك فيصلح أن يكون سبباً صحيحاً (نقض مدني ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٢ ص ٤٢٣ - ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٨٢ ص ٦٥٥) .

وقضت محكمة النقض بأن السبب الصحيح اللازم توافره للتملك بالتقادم الحمسي هو ما تنص =

صادر من غير المالك على اعتبار أنه هو المالك فيتعاقد بالأصالة عن نفسه ، ولا يهم بعد ذلك أن يكون العقد مشوباً بعيوب أخرى أو غير مشوب مادام له وجود قانوني . ولأنه صادر من غير المالك فهو لا ينقل الملكية إلى الحائز ، ومن أجل ذلك شرع التقادم المكسب القصير لحماية الحائز حسن النية الذي صدر له هذا السبب الصحيح . فان هذا الحائز ، إذا كان لا يكسب الملكية بموجب هذا التصرف القانوني ، فانه يكسبها بتقادم قصير مدته خمس سنوات فقط رعاية لحسن نيته ، حتى لا يبقى معرضاً لدعوى استحقاق يرفعها عليه المالك الحقيقي طوال خمس عشرة سنة ، إذا لم يفتح له القانون إلا باب التقادم المكسب الطويل أسوة بالحائز من النية أو الحائز حسن النية ولكن ليس معه هذا السبب

عليه المادة ٣/٩٦٩ مدني «سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون » . والمتصرف الذي لا يعد مالكا في المعنى المقصود بهذا النص هو شخص يكون غير مالك للشيء ويستحيل عليه أن ينقل ملكيته إلى من تصرف إليه ، وعلة ذلك أن التملك بالتقادم القصير المدة إنما شرع لحماية من يتعامل بحسن نية مع شخص لا يستطيع أن ينقل إليه الملكية . ومن ثم فإن البائع إذا كان سنده عقداً غير مسجل صادراً إليه من المالك الحقيقي ، فانه لا يكون للمشتري أن يتمسك بتملك المبيع بالتقادم الخمسي لأن البائع وإن كان لا يعتبر مالكا إلا أنه يستطيع الحصول على الملكية بتسجيل العقد الصادر له من المالك أو بمطالبة المالك مطالبة قضائية بتنفيذ التزامه عيناً بنقل الملكية إليه وتسجيل الحكم الذي يصدر بعد ذلك (نقض مدني ٢١ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢ ص ٧٣) . وقضت أيضاً بأنه لا يعتبر سبباً صحيحاً عقد البيع الصادر إلى الزوجة لا أصالة عن نفسها بل باعتبارها اسماً مستعاراً ، إذ يشترط في السند الذي يعتبر سبباً صحيحاً أن يكون صادراً إلى المتمسك بالتقادم نفسه (نقض مدني ٥ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٣٨ ص ١٠١٩) .

وانظر في وجوب أن يصدر السبب الصحيح من غير المالك : استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٤٣ ص ٦١ - أول مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٠ - ٢ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٦٥ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠١ - ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٠ - ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٦ - ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٤١ - وقارن مع ذلك أحكاماً شاذة تقرر جواز صدور السبب الصحيح من المالك : استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩٥ - ١٦ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣٢ - ١٠ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٦٢ - ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٥١ - ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٧٢ - ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٠ .

الصحيح (١) . ولا يقتصر السبب الصحيح على التصرف الناقل للملكية ، فكل تصرف ناقل أو منشئ لحق عيني قابل لأن يكسب بالتقادم ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق الظاهر وحق الرهن الحيازي ، إذا صدر من غير صاحب هذا الحق لشخص آخر ، يعتبر هو أيضاً سبباً صحيحاً . فالعقد الذي ينشئ أو ينقل حق انتفاع ممن لا يملكه ، والعقد الذي يرتب حق ارتفاق ظاهر من غير مالك العقار المرتفق به ، ورهن الحيازة الصادر من غير مالك العقار المرهون ، كل هذه تصرفات تعتبر سبباً صحيحاً لا تنشئ أو تنقل

(١) فإذا كان السبب الصحيح صادراً من المالك ، وكان تصرفاً قانونياً باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فليس هنا مجال تطبيق التقادم المكسب القصير ، والواجب إعماله في هذه الفروض هي قواعد البطلان (مصر الكلية ٢٠ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٢٩ ص ٥٧ - مازو فقرة ١٥٠٤ ص ١٢٠٦) . على أنه يوجد فرض يجوز فيه إعمال التقادم المكسب القصير ويكون الحائز قد تعامل مع المالك : يبيع المالك العقار ، وقبل أن يسجل المشتري عقده يبيع المالك العقار مرة ثانية لمشتري ثان يسجل عقده ، فتنقل الملكية للمشتري الثاني طبقاً لقواعد التسجيل . ثم يسجل المشتري الأول عقده وهو حسن النية ، أي دون أن يعلم أن البائع قد باع العقار مرة ثانية لغيره وأن المشتري الثاني قد سبق إلى تسجيل عقده . ففي هذا الفرض إذا حاز المشتري الأول العقار بعد تسجيل عقده ، فإنه يستطيع أن يملكه بالتقادم القصير ، مع أنه تعامل مع المالك (أنظر في هذا الفرض مازو فقرة ١٥٠٤ ص ١٣٠٦ - ص ١٣٠٧ - نقض فرنسي ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٣ دالوز ١٩٥٤ - J - ٢٤) . ولكن محكمة النقض في مصر قد قضت بأنه لا محل لتطبيق التقادم الخسّي إذا بيع العقار مرتين لشخصين سجل أحدهما عقده وحاز الآخر الذي لم يسجل عقده المبيع خمس سنوات ، ذلك أن التصرف هنا صادر من مالك ، ويكون التفاضل بين المشتريين المتزاحمين على أساس الأسبقية في التسجيل (نقض مدني ٢٧ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٦ ص ٧٠٧) . وانظر استئناف مصر ٨ أبريل سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٧٧ ص ١٣١ - استئناف محتلط ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٤٦ - ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢١٤ - محمد علي عرفة فقرة ١٣٤ ص ٢٤١ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥٣٤ ص ٥٧٣ - عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ص ٦٤٩ - ص ٦٥٠ .

أما إذا صدر التصرف من مالك ممنوع من التصرف ، فإن هذا التصرف لا يصلح سبباً صحيحاً لأنه صادر من مالك ولأنه تصرف باطل (م ٨٢٤ مدني - وقارن حسن كيرة ص ١٢٧) . وإذا صدر التصرف من وارث وكانت التركة مستغرقة ، اعتبر التصرف صادراً من مالك فلا يصلح سبباً صحيحاً ، لأن الوارث يملك أعيان التركة فور موت المورث ولو كانت التركة مستغرقة (حسن كيرة ص ١٢٨ - عكس ذلك نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٠ ص ٣٦٥) .

بذاتها الحق العيني ، ولكن يستطيع الحائز حسن النية أن يستند إليها ليكسب الحق بالتقادم المكسب القصير ^(١) .

وإذا كان التصرف القانوني الصادر من المتصرف إلى الحائز يجب أن يكون « سببا صحيحا » ، أى تصرفا ناقلا للملكية على النحو سالف الذكر ، فإن سند المتصرف نفسه الذى استند إليه فى تصرفه للحائز لا أهمية له . فقد يكون هذا المتصرف هو أيضا حسن النية وعنده سبب صحيح لم ينقل إليه الملكية ، وقد لا يكون عنده سبب صحيح ولكنه حسن النية يعتقد أنه يملك العقار الذى يتصرف فيه ، وقد يكون حائزا عرضيا كمستأجر وقد باع العقار المؤجر إلى الحائز ، وقد يكون حائزا سىء النية اغتصب العقار وباعه إلى الحائز . فيستوى إذن أن يكون عند المتصرف سند أو ليس عنده سند ، ويستوى أن يكون حسن النية أو سىء النية ، ويستوى أن يكون حائزا أصيلا أو حائزا عرضيا أو غير حائز أصلا ^(٢) . والمهم فيه أن يكون غير مالك للعقار non dominus . أو غير صاحب الحق الذى تصرف فيه للحائز ^٣ .

٤٢١ - ما يعتبر سببا صحيحا : وتطبيقا لما قدمناه . يعتبر على الأخص

سببا صحيحا :

١ - عقد البيع : وهو السبب الصحيح الأكثر شيوعا فى الحياة العملية . فعقد البيع الصادر من غير المالك على اعتبار أنه هو المالك يتعاقد بهذه الصفة . أى بيع ملك الغير ، يعتبر سببا صحيحا . إذ البيع عقد ناقل للملكية وقد صدر

(١) ومن أجل ذلك عرفت الفقرة الثالثة من المدة ٩٦٩ مدى (أنفاً فقرة ٤١٧) سبب الصحيح بأنه «سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم» . ولو كان نص تشريعى مهمته أن يتولى التعريفات الفقهية . لأضاف النص سالف الذكر إلى ما تقدم : وكان ينقل الملكية أو الحق لو أنه صدر من المالك أو صاحب الحق .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٦٥٦ ص ٥٠٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٥٦ .

(٣) استئناف مختلط ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣ - ٤ يناير سنة ١٩٢٧

م ٢٩ ص ١٢٤ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٥ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ١٤ - وحتى لو كان مالكا وتصرف فى العقار ، ثم فسخت ملكيته لتحقيق شرط فسخ أو بسبب دعوى فسخ أو دعوى إبطال أو غير ذلك ، فزال ملكيته بأثر رجعى . فإن التصرف الصادر منه فى العقار يعتبر صادرا من غير مالك ، ومن ثم يصلح أن يكون سببا صحيحا .

من غير مالك فتوافرت فيه شروط السبب الصحيح : المشتري للعقار من غير المالك ، إذا كان حسن النية ، يملك العقار بالتقادم المكسب القصير إذا دامت حيازته خمس سنوات .

٢ - عقد المقايضة : فلو قايض شخص شخصاً آخر منزلاً بأرض منتهية وكان لا يملك المنزل الذي قايض به ، وكان المقايض الآخر يعتقد بحسن نية أن المقايض الأول يملك المنزل ، فإن المقايض الآخر يتوافر عنده على هذا الوجه السبب الصحيح وهو عقد المقايضة لأنه تصرف قانوني ناقل للملكية ، وحسن النية ، فيستطيع أن يملك المنزل بالتقادم المكسب القصير (١) .

٣ - عقد الهبة : وهو تصرف قانوني ناقل للملكية ، فيصلح أن يكون سبباً صحيحاً : فلو وهب شخص عقاراً لآخر وكان لا يملك هذا العقار ، ولكن الموهوب له كان يعتقد أن الواهب يملك العقار الموهوب ، فإن الموهوب له في هذه الحالة يتوافر عنده السبب الصحيح وهو عقد الهبة مع حسن النية ، فيستطيع أن يملك العقار الموهوب بالتقادم المكسب القصير .

٤ - الوصية بعقار معين بالذات : والوصية وإن كانت تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد ولا تنتج أثرها إلا عند الموصي ، إلا أنها مع ذلك تعتبر كالبيع تصرفاً قانونياً ناقلاً للملكية ، ومن ثم تصلح أن تكون سبباً صحيحاً إذا صدرت من غير مالك . فلو أن الموصي كان لا يملك العقار الذي أوصى به ، وكان الموصي له وقت موت الموصي يعتقد أن الموصي يملك العقار ، فإن الموصي له يكون قد توافر عنده ، إلى جانب السبب الصحيح وهو الوصية ، حسن النية ، فيستطيع أن يملك العقار الموصى به بالتقادم المكسب القصير (٢) .

٥ - رسو مزاد العقار المحجوز عليه (adjudicatif sur saisie) وهو بمثابة بيع ، البائع فيه هو المدين والمشتري هو الراعي عليه المزاد ، فيكون تصرفاً قانونياً ناقلاً للملكية . ومن ثم يصلح أن يكون سبباً صحيحاً . فلو أن العقار كان غير مملوك للمدين ، ورسا مزاده على شخص يعتقد أنه مملوك للمدين فقد توافر عند الراعي عليه المزاد السبب الصحيح وهو رسو المزاد ، وحسن

(١) استئناف مخطوط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥ .

(٢) وسري فيما يلي أن قبضة المورث ، باعتبارها وصية بأعيان معينة تصلح سبباً ، أن تكون سبباً صحيحاً (أنظر آنفاً فقرة ٤٢٢) .

النية ، وعلى ذلك يجوز أن يملك العقار الذى رسا مزاده عليه بالتقادم المكسب القصير (١) .

٦ - الوفاء بمقابل (dation en paiement) : وهو أيضا تصرف قانونى ناقل للملكية كالبيع ، فيصلح أن يكون سببا صحيحا (٢) . فلو أن المدين وفى دينه بمقابل هو عقار ، وكان لا يملك هذا العقار ، وكان الدائن حسن النية أى يعتقد أن العقار مملوك للمدين ، فإن الدائن يكون على هذا النحو قد توافر عنده السبب الصحيح وهو الوفاء بمقابل الصادر من غير مالك ، وحسن النية ، ومن ثم يستطيع أن يملك العقار بالتقادم المكسب القصير .

٧ - تقديم الشريك عقارا حصة له فى الشركة (apport en société) : وهذا أيضا تصرف قانونى ناقل للملكية ، إذ أن الشريك ينقل بهذا التصرف ملكية العقار للشركة . فلو أن الشريك كان لا يملك العقار ، ومع ذلك قدمه حصة له فى الشركة ، فإن تقديم العقار على هذا النحو يعتبر سببا صحيحا . وعلى ذلك إذا كانت الشركة حسنة النية أى تعتقد أن العقار مملوك للشريك ، فإنها بذلك تكون قد توافر عندها السبب الصحيح وهو تقديم العقار حصة فى الشركة وحسن النية ، فتستطيع أن تملك العقار بالتقادم المكسب القصير (٣) .

(١) استئناف مخطط ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٦٦ - ١٧ مايو سنة ١٩٢٢ م ٢٢ ص ٣٤٥ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٩ - ٤ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٢٤ - ٢٤ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٥٢ - ٤ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٣٥ - أما إذا كان الراسى عليه المزداد سىء النية ، فإنه لا يملك بالتقادم القصير (نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٥٢٠) .

(٢) أما الوفاء فلا يعتبر سببا صحيحا ، إلا إذا كان ناقلا للملكية وهذا فادر (بودرى وتيسيه فقرة ٦٥٧ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١١٩٧ ص ٩٧٥) .

(٣) وفى رأينا أن الأخذ بالشفعة يصلح أن يكون سببا صحيحا . فلو أن عقارا باعه غير مالك لمشتري حسن النية ، فأخذه شفع بالشفعة وهو حسن النية أى يعتقد أن العقار مملوك للبائع ، فإن الشفع يستطيع أن يستند إلى الشفعة باعبارها سببا صحيحا وإلى حسن نية ، فيمتلك العقار بالتقادم المكسب القصير . ونحتاج للرأى الذى نقول به بأمرين : (أولا) أن الشفعة واقعة مركبة ، ويدخل فى تركيبها إرادة الشفع فى أن يأخذ بالشفعة ، وهذه الإرادة هى تصرف قانونى ناقل للملكية . (ثانيا) أن الشفع يحل محل المشتري فى جميع حقوقه ، ومن حق المشتري حسن النية الذى اشترى من غير مالك أن يملك العقار المبيع بالتقادم المكسب القصير ، فكذلك الشفع الذى حل محله يستطيع هو أيضا أن يملك العقار بالتقادم المكسب القصير - أنظر استئناف مخطط ٢٦ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٨ - منصور مصطفى منصور - فقرة ١٧٩ ص ٤٢٠ - وقرب إسماعيل غانم ص ١٢٠ .

٤٢٢ - **مالا يعتبر سبباً صحيحاً** : ولما كان السبب الصحيح هو ، كما قدمنا ، تصرف قانوني ناقل للملكية ، فلا يكون سبباً صحيحاً الوقائع المادية إذ هي ليست بتصرفات قانونية ، ولا التصرفات القانونية التي تقتصر على إنشاء التزامات شخصية ، ولا التصرفات القانونية التي لا تنقل الملكية ولكن تقتصر على الكشف عنها (١) . ومن ثم لا يعتبر ، بوجه خاص ، سبباً صحيحاً :

١ - الميراث في عقار معين بالذات : فهو وإن كان ينقل الملكية ، إلا أنه واقعة مادية هي موت المورث ، وليس تصرفاً قانونياً ، فلا يعتبر سبباً صحيحاً . ويدل الوارث إنما هي استمرار ليد المورث ، فإن كان المورث يحوز عقاراً بسبب صحيح وحسن نية ، انتقلت حيازة العقار على هذا النحو إلى الوارث (٢) . ويكمل الوارث حيازة المورث فيتملك العقار بالتقادم المكسب القصير ، إذا ضمت مدة حيازة المورث إلى مدة حيازته فبلغت المدتان معاً خمس سنوات . ولكن ذلك لا يرجع إلى أن الميراث سبب صحيح ، فالسبب الصحيح وحسن النية كانا متوافرين عند المورث كما قدمنا ، وانتقلا كما هما إلى الوارث . أما إذا كان المورث عنده سبب صحيح ولكنه لم يكن حسن النية ، أو كان حسن النية ولكن ليس عنده سبب صحيح ، أو لم يكن عنده لا السبب الصحيح ولا حسن النية ، فإن العقار تنتقل حيازته إلى الوارث ولكن لا يستطيع أن يملكه بالتقادم المكسب القصير ولو كان حسن النية اعتماداً على أن الميراث سبب صحيح (pro herede) . ولا يملك العقار في هذه الحالة إلا بالتقادم المكسب الطويل ، وله أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه (٣) .

(١) والعائلة في تضيق نطاق فكرة « السبب الصحيح » إلى هذا الحد أن السبب الصحيح شرط مستقل عن شرط حسن النية وليس مجرد عنصر من عناصر حسن النية - ولو كان السبب الصحيح عنصراً من عناصر حسن النية ، لكان أي سبب من شأنه أن يجعل الحائز يحوز العقار حيازة صحيحة بنية تملكه كافياً لأن يكون « سبباً صحيحاً » (كاربوينيه ص ٢١٨) .

(٢) نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٩ ص ٣١٥ - استئناف مخطوط ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٩٣ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٢ ص ٧١١ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٠١ .

٢. - عقد الإيجار وعقد العارية وعقد الحراسة وعقد الترابعة وعقد الوكالة وغيرها من العقود التي ليس من شأنها أن تنقل الملكية ولا تنشئ التزامات شخصية. فهذه تصرفات قانونية لا تنقل الملكية، ومن ثم لا تصلح أن تكون سبباً صحيحاً. فالمستأجر أو المستعير أو الحارس أو المودع عنده أو الوكيل، بالنسبة إلى عقار تلقاه من غير مالك، لا يستطيع أن يملك هذا العقار بالتقدم المكسب القصير حتى لو غير صفة حيازته العرضية إلى حيازة أصلية، لأنه أولاً لا يكون حسن النية، ولأنه ثانياً لا يستطيع أن يستند إلى أى عقد من هذه العقود كسبب صحيح.

٣. - القسمة الاختيارية: فهي تصرف قانوني ولكنه غير ناقل للملكية إذ هو يقتصر على الكشف عنها، ومن ثم لا تصلح القسمة الاختيارية أن تكون سبباً صحيحاً (١). فإذا دخل في الأعيان المقسومة عقار ليس مملوكاً للمتقاسمين ووقع في نصيب أحدهم بالقسمة، وكان هذا المتقاسم حسن النية، فانه مع ذلك لا يستطيع يملك هذا العقار بالتقدم المكسب القصير استناداً إلى عقد القسمة، لأن هذا العقد ليس بسبب صحيح كما قدمنا. ولكن إذا تضمنت القسمة معدلاً (soulte)، بأن قدم أحد المتقاسمين عقاراً خاصاً به لتعديل القسمة، ولم يكن ما لكا لهذا العقار، فان تقديمه إياه يعتبر تصرفاً قانونياً ناقلاً للملكية (٢)، ومن ثم يصلح أن يكون سبباً صحيحاً. وعلى ذلك لو وقع هذا العقار في نصيب أحد المتقاسمين وهو حسن النية، فانه يستطيع أن يملكه بالتقدم المكسب القصير (٣). كذلك تعتبر قسمة المورث سبباً صحيحاً، لأنها تنقل ملكية أعيان معينة (وليس نصيباً شائعاً في التركة) من المورث إلى الوارث. فلو وقع في نصيب أحد الورثة عقار أدخله المورث في القسمة ولم يكن مملوكاً له، وكان هذا الوارث حسن النية وقت موت المورث، أمكنه

(١) وكذلك القسمة القضائية لا تصلح أن تكون سبباً صحيحاً، لأنها هي أيضاً لا تنقل الملكية بل تكشف عنها، كما سئرى (أنظر مايل نفس الفقرة) عند الكلام في الحكم القضائي وفي أنه لا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً.

(٢) عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٢٣ من ٥٧١ - إسماعيل غانم ص ١٢٠ - عبد المنعم

فرج الصدة فقرة ٤١٥ من ٦٤١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ من ٤٢٢.

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٦٦٢.

يملك العقار بالتقادم المكسب القصير استنادا إلى أن قسمة المورث تعتبر كالوصية سببا صحيحا (١).

٤ - الصلح : وهو عقد كاشف عن الملك لا ناقل له ، ومن ثم لا يصلح أن يكون سببا صحيحا . فلو أن عقارات متنازعا عليها بين شخصين وزعت بينهما صلحا ، وكان أحد هذه العقارات مملوكا لشخص ثالث ، فإن من أخذ هذا العقار صلحا لا يملكه بالتقادم المكسب القصير استنادا إلى عقد الصلح ، لأن هذا العقد ليس بسبب صحيح كما قدمنا . لكن إذا أعطى أحد المتصلحين عقارا خاصا به للمتصالح الآخر في مقابل بعض الأعيان المتنازع عليها ، فإن الصلح بالنسبة إلى هذا العقار غير المتنازع عليه يعتبر تصرفا قانونيا ناقلا للملكية . فإذا كان المتصالح الذي أعطى العقار لا يملكه ، استطاع المتصالح الآخر إذا كان حسن النية أن يملكه بالتقادم المكسب القصير استنادا إلى عقد الصلح ، فهو هنا تصرف قانوني ناقل للملكية كما قدمنا ، فيصلح أن يكون سببا صحيحا (٢) .

٥ - الحكم القضائي : وهو كاشف عن الحق لا منشيء له ولا ناقل ، ومن ثم لا يصلح أن يكون سببا صحيحا . فإذا رفع شخص دعوى استحقاق يطالب فيها بعقار ، وحكم له ، فإن هذا الحكم لا يعتبر سببا صحيحا . وعلى ذلك إذا ثبت فيما بعد أن هذا العقار غير مملوك له ولا للمدعى عليه في دعوى الاستحقاق ، ولكنه مملوك لشخص ثالث ، لم يستطع المحكوم له في دعوى الاستحقاق حتى لو كان حسن النية أن يعتبر الحكم الذي صدر لمصلحته سببا صحيحا حتى يملك العقار ضد مالكه الحقيقي بالتقادم المكسب القصير . ومن باب أولى إذا صدر الحكم في دعوى الاستحقاق لمصلحة المدعى عليه الحاضر للعقار وقضى برفض دعوى الاستحقاق ، فإن المدعى عليه حتى لو كان حسن

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٠ هامش ٤ - بودري وتيسيه فقرة ٦٦١ - أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ prescription civile فقرة ٦١ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٠ هامش ٣ - بودري وتيسيه فقرة ٦٦٤ - كولان وكايتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١١٩٧ ص ٩٧٦ - ص ٩٧٧ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٣٥ ص ٢٤٢ - ص ٢٤٣ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥٤٣ ص ٥٧١ - إسناهيل غانم ص ١٢٠ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤١٥ ص ٦٤٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص ٤٢٢ .

النية لا يستطيع أن يعتبر الحكم الذى صدر لمصلحته سببا صحيحا ، وأن يستند إليه لتملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير (١) . وكذلك لا يعتبر سببا صحيحا الحكم الصادر بالقسمة القضائية ، فهو لا ينقل الملكية بل يكشف عنها ، ومن ثم إذا وقع عقار مملوك للغير فى نصيب أحد المتقاسمين بموجب حكم القسمة ، لم يستطع هذا المتقاسم ولو كان حسن النية أن يعتبر هذا الحكم سببا صحيحا لتملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير (٢) . وفى قسمة التصفية (licitation) ، إذا رسا المزاد بحكم قضائى على أحد المتقاسمين ، فإن رسو المزاد يعتبر قسمة كاشفة لا ناقلة ومن ثم لا يعتبر سببا صحيحا (٣) . وهذا بخلاف ما إذا رسا المزاد على أجنبى ، فإن حكم رسو المزاد يعتبر بمثابة بيع ناقل للملكية ويصلح أن يكون سببا صحيحا . وكذلك الحكم برسو مزاد العقار المحجوز عليه يعتبر بمثابة بيع ينقل ملكية العقار إلى الراسى عليه المزاد ، ومن ثم يعتبر سببا صحيحا ، وقد تقدم القول فى ذلك (٤) .

٤٢٣ - فروض مختلفة فى السبب الصحيح : ويبقى بعد ذلك أن نستعرض فروضا مختلفة فى السبب الصحيح ، لنبين ما إذا كان المتصرف القانونى الناقل للملكية يبنى على اعتباره سببا صحيحا فى الفروض الآتية : (١) التصرف القانونى الباطل (٢) التصرف القانونى القابل للإبطال . (٣) التصرف القانونى المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ . (٤) التصرف القانونى الظنى (putatif) . (٥) التصرف القانونى غير المسجل .

(١) أوبرى ودو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٠ - بودرى وتيسيه فقرة ٦٦٣ ص ٥٠٧ - ص ٥٠٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٢ ص ٧١١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٩٠ ص ١٩٢ .

(٢) نقض ملئ ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٠ ص ٧٠٠ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٢ ص ٨١٩ .

(٣) استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤٧ - نقض فرنسى ١٢ يونيو سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٩ - ١ - ٤٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٢ ص ٧١١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٩١ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٢١ - ويعتبر سببا صحيحا الحكم بالتصديق على اتفاق المتعاقدين الناقل للملكية jugement de convenu ou d'expédient (محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٩٠ ص ١٩٣) .

٤٢٤ - التصرف القانوني الباطل : إذا كان التصرف القانوني الذي

تلقى الحائز بموجبه حيازة العقار تصرفاً قانونياً باطلاً ، فإن هذا التصرف لا يكون له وجود قانوني ، ومن ثم لا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً ^(١) . ويستوى في ذلك أن يكون التصرف القانوني باطلاً من ناحية الشكل أو من ناحية الموضوع .

فاذا كان التصرف القانوني باطلاً من ناحية الشكل ، كهبة عقار باطلة لعدم كتابتها في ورقة رسمية أو كوصية باطلة لعدم استيفائها الشكل الواجب قانوناً ، فإن كلا من الهبة والوصية لا يكون له وجود قانوني ، ولا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً . فلو وهب شخص لآخر عقاراً لا يملكه في ورقة غير رسمية ، فإن الهبة تكون باطلة ، ولا يستطيع الموهوب له ولو كان حسن النية أن يعتبرها سبباً صحيحاً ليمتلك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير ^(٢) . ولكن إذا أمكنت إجازة الهبة الباطلة شكلاً ، فإنها تنقلب إلى هبة صحيحة ، ومن ثم تصلح أن تكون سبباً صحيحاً . وفي هذا الصدد تنص المادة ٤٨٩ مدني على أنه « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » . وقد قدمنا عند الكلام في الهبة أنه إذا نفذ الواهب أو ورثته هبة باطلة في الشكل ، فإنه لا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه . لا لأن التنفيذ وفاء للالتزام الطبيعي ، بل لأنه إجازة بطريقة خاصة نص عليها القانون في المادة ٤٨٩ مدني هبة باطلة في الشكل ،

(١) وكالتصرف الباطل التصرف الصوري ، فلا يصلح سبباً صحيحاً البيع الصوري لأن المشتري صورياً ليست عنده نية التملك (استئناف وطني ١١ فبراير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٧٢ ص ١٩٤ - استئناف مختلط ١٥ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٨٤) . وانظر محمد كامل مرسي ٤ ص ١٧٤ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥٣٥ ص ٥٧٤ - إسماعيل غانم ص ١٢١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص ٤٢٤ - حسن كيرة ص ١٢٥ .

(٢) استئناف وطني ١١ فبراير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٧٢ ص ١٩٤ - ٢٠ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٩٧ ص ١٩٩ - أول يونيو سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٩٤ ص ٢٧٣ - استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٥٣ ص ١٠٢ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٩ رقم ٣٨٦ ص ٩٥١ .

وهذه الإجازة صحيحت الهبة (١) . وعلى ذلك إذا نفذ الوهاب أو ورثته هبة العقار المملوك للغير تنفيذا اختياريا بأن سلموا العقار للموهوب له ، فقد أصبحت الهبة صحيحة وصارت صالحة لأن تكون سببا صحيحا ، واستطاع الموهوب له الذي تسلم العقار إذا كان حسن النية أن يملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير .

وإذا كان التصرف القانوني باطلا من ناحية الموضوع ، لم يكن له وجود قانوني أيضا ، فلا يصلح لأن يكون سببا صحيحا (٢) ، وعلى ذلك لا يكون البيع الباطل لعدم مشروعية السبب أو لصدوره من عديم التمييز سببا صحيحا يحجز التملك بالتقادم المكسب القصير . وإذا اشترى قاض أو محام عقارا متنازعا فيه ، وكان النظر في النزاع يتدخل في اختصاص المحكمة التي يباشر أعماله في دائرتها ، كان الشراء باطلا (م ٤٧١ مدني) فلا يصلح أن يكون سببا صحيحا . فإذا كان العقار المتنازع فيه غير مملوك للبائع ، فإن المشتري ولو كان حسن النية لا يجوز له أن يستند إلى البيع الصادر له على هذا النحو ، ولا يصح له أن يعتبره سببا صحيحا لملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير (٣) .

(١) الوسيط ه فقرة ٤٦ - أما في التقنين المدني الفرنسي ، فتقصر المادة ١٣٤٠ منه إمكان التنفيذ الاختياري للهبة الباطلة في الشكل وإجازة هذه الهبة بوجه عام ، على ورثة الوهاب دون الوهاب نفسه . ويذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى القول بتخلف التزام طبيعي من الهبة الباطلة في الشكل في جانب ورثة الوهاب ، ومن لا يصحح التنفيذ الاختياري بطلان الهبة ، فلا تصلح الهبة الباطلة في الشكل لأن تكون سببا صحيحا حتى بعد أن ينفذها الورثة تنفيذا اختياريا (أنظر في هذا المعنى أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٢ هامش ٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٤ ص ٧١٣) . ويذهب بعض آخر إلى أن الهبة الباطلة في الشكل تصبح صحيحة بتنفيذها تنفيذا اختياريا من جانب الورثة ، ومن ثم تصلح بعد هذا التنفيذ الاختياري لأن تكون سببا صحيحا (ترولون ١ فقرة ٩٠١ - جوار ٢ فقرة ٥٥٧ - لوران ٣٢ فقرة ٣٩٢ - فقرة ٣٩٣ - بودزي وتيسيه فقرة ٦٦٩) .

(٢) لأنه لم يكن لينقل الملكية لو أنه صدر من المالك (بودزي وتيسيه فقرة ٦٦٨ ص ٥١٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٤ ص ٧١٣) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن صدور الحكم بطلان قرار إنهاء الوقف يقتضي اعتبار الإنهاء عديم الأثر ، ومن ثم فإن صفة الوقف لم تزل عنه وكانت لا صفة به وقت صدور التصرف فيه بالبيع قبل الحكم بذلك البطلان ، وبالتالي يكون هذا التصرف قد وقع باطلا بطلانا مطلقا

٤٢٥- التصرف القانوني القابل للإبطال : أما إذا كان التصرف قابلاً

للإبطال ، فإنه يكون له وجود قانوني ، ومن ثم يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً ، [لأنه كان ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك (١)] .

فإذا باع قاصر عقاراً مملوكاً للغير ، كان البيع قابلاً للإبطال لمصلحة [القاصر ، وجاز اعتباره سبباً صحيحاً . فلو أن المشتري كان حسن النية أي يعتقد أن العقار مملوك للقاصر (٢) ، فإنه يجوز له أن يستند إلى البيع الصادر له من القاصر بالرغم من أنه يبيع قابل للإبطال ، وأن يعتبره سبباً صحيحاً يجوز له أن يملك العقار المبيع ضد المالك الحقيقي بالتقدم المكسب القصور (٣)

وإذا باع شخص عقاراً مملوكاً للغير ، وكان البيع يشوبه غلط أو تدليس أو إكراه فكان قابلاً للإبطال لهذا السبب أيضاً . فإنه يصلح في هذه الحالة أن يكون سبباً صحيحاً . فلو أن المشتري كان حسن النية فإنه يستطيع أن يستند

=ولا يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً في التملك بالتقدم الخسئ (نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٧٧ ص ١١٢٤) . وانظر استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢١٣ (مقايضة ناقلة لعدم بيان الأعيان المقايض عليها بياناً كافياً) - ١٥ يونيو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٣١٨ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٢٣ .

(١) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٠٤ ص ٧١٣ - مازو فقرة ١٥٠٣ ص ١٢٠٥ نقض فرنسي ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٦ سيريه ١٩٥٦ - ١ - ٧٩٩ - والمقصود هنا أن يكون التصرف القانوني قابلاً للإبطال لسبب آخر سوى صدوره من غير مالك ، وذلك لأن السبب الصحيح هو تصرف قانوني صادر من غير مالك ، فيكون دائماً قابلاً للإبطال ، كبيع ملك الغير وهبة ملك الغير . ولا شك في أن التصرف القانوني الصادر من غير مالك ، والذي يكون قابلاً للإبطال لهذا السبب ، يصلح أن يكون سبباً صحيحاً ، بل هو عين السبب الصحيح . فالمطلوب بحثه هنا إذن هو ما إذا كان التصرف القانوني القابل للإبطال ، لسبب آخر سوى صدوره من غير مالك ، يصلح أن يكون سبباً صحيحاً . وقد رأينا أنه يصلح لأن له وجوداً قانونياً ، بخلاف التصرف القانوني الباطل الذي لا وجود له .

(٢) حتى لو علم أن البائع قاصر وأن البيع قابل للإبطال لهذا السبب ، فحسن نية المشتري لا يتأثر بهذا العلم بالنسبة إلى التقدم المكسب القصور ، مادام المشتري يعتقد أن القاصر يملك العقار المبيع .

(٣) استئناف وطني ٣٠ يناير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٢٩ ص ٥٧ - بنى سوفي ٨ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣١٩ ص ٥٢٤ - استئناف مختلط ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٨٠ .

إلى هذا البيع القابل للإبطال وأن يعتبره سببا صحيحا ، فيجوز له أن يملك العقار المبيع ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير (١) .

ونرى من ذلك أن التصرف القانوني القابل للإبطال ، النقص في الأهلية أو لعيب في الرضاء ، يصلح أن يكون سببا صحيحا في التقادم المكسب القصير . ومن باب أولى يصلح هذا التصرف لأن يكون سببا صحيحا لو أجازة القاصر أو أجازة من تقرر الإبطال لمصلحته ، فان التصرف القانوني ينقلب بهذه الإجازة تصرفا صحيحا ، ويصلح بداهة لأن يكون سببا صحيحا . أما إذا أبطل من تقرر الإبطال لمصلحته التصرف القانوني ، فان هذا التصرف يصبح لا وجود له ، فلا يعود صالحا لأن يكون سببا صحيحا (٢) .

٤٢٦ - التصرف القانوني المعلق على شرط واقف أو على شرط

فاسح : أما إذا كان التصرف القانوني الناقل للملكية معلقاً على شرط واقف ، فانه لا ينفذ إلا من وقت تحقق الشرط ، وعلى ذلك لا يصلح أن يكون سبباً

(١) نقص مدني ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ - استئناف وطني ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٧٤ ص ١٧١ - استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٤ - ٤ يونيه سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٤٨٩ ص ٢٠٥ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨٣ - ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣ .

(٢) على أنه في هذا الفرض لا يعود هناك محل للسبب الصحيح ، إذ أن الحائز يرد العقار إلى المتصرف بعد الحكم بإبطال التصرف ، فلا ينفصح له المجال لأن يملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير . وقد يستعمل المالك الحقيقي دعوى الإبطال باسم المتصرف لإبطال التصرف القانوني ويتحقق ذلك في الفرض الآتي : يستأجر شخص عقاراً من مالكة ، ثم يبيعه إلى مشتر حسن النية بعقد قابل للإبطال . فيجوز للمشتري في هذه الحالة ، على ما قدمنا ، أن يستند إلى البيع القابل للإبطال كسبب صحيح يميز له تملك العقار ضد المؤجر بالتقادم المكسب القصير . وإذا لم يبادر المستأجر الذي باع العقار إلى طلب إبطال البيع واسترداد العقار من المشتري ، جاز للمؤجر وهو دائن للمستأجر ، أن يطلب باسم مدينه إبطال عقد البيع وإرجاع العقار للمستأجر ، ثم استرداده منه بدعوى الإيجار (بودري وتيسيه فقرة ٦٧١ ص ٥١٤) . أما إذا بقي المشتري حائزاً للعقار خمس سنوات ، فقد ملكه بالتقادم المكسب القصير ، ولكن تبقى دعوى الإبطال ، إذا لم تكن سقطت بالتقادم ، مفتوحة (أنظر آنفاً ص ١٠٨٣ هامش ١٢) وعلى ذلك يستطيع المؤجر أن يستعمل دعوى مدينه المستأجر في إبطال البيع ، فيبطل بأثر رجعي ، ويسترد المستأجر العقار من الحائز ، ثم يسترده المؤجر من المستأجر بدعوى الإيجار .

صحيحاً إلا من هذا الوقت (١) . ولا يقال إن لم يتحقق الشرط أثراً رجعيّاً فيعتبر التصرف نافذاً منذ البداية لا من وقت تحقق الشرط فحسب ، فإن الأثر الرجعى لا يعتد به بالنسبة إلى المالك الحقيقى . فلو أن شخصاً باع تحت شرط واقف عقاراً غير مملوك له لمشتراً حسن النية ، فإن هذا البيع لا يعتبر سبباً صحيحاً يجيز للمشتري تملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير إلا من وقت تحقق الشرط الواقف . وإذا لم يتحقق الشرط ، انعدم التصرف القانونى واعتبر كأن لم يكن ، ومن ثم لا يمكن اعتباره سبباً صحيحاً . وقد يضع المشتري فى الفرض المتقدم يده على العقار قبل تحقق الشرط الواقف وفى هذه الحالة لا يعقد بمدة الحيازة التى انقضت قبل تحقق الشرط ، ولا يبدأ سريان مدة الخمس السنوات إلا من وقت تحقق الشرط . ذلك بأن الحائز ، وهو يضع يده على العقار قبل تحقق الشرط ، كان يعلم أنه يضع يده لا على وجه بات ، إذ هو معرض لأن يتخلف الشرط الواقف فينعدم البيع ويعتبر كأن لم يكن ، ويرد المشتري العقار إلى البائع (٢) .

وإذا كان التصرف القانونى معلقاً على شرط فاسخ ، فانه يكون نافذاً منذ البداية ، وعلى ذلك يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً من أول الأمر (٣) . فإذا باع شخص عقاراً غير مملوك له لمشتراً حسن النية ، وكان البيع معلقاً على شرط فاسخ ، صلح لأن يكون سبباً صحيحاً منذ انعقاده ، ويستطيع المشتري استناداً إلى هذا البيع تملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير . فإذا لم يتحقق الشرط الفاسخ ، أصبح تملك المشتري للعقار باتاً . أما إذا تحقق الشرط الفاسخ ، فإن البيع يزول ويعتبر كأن لم يكن ، فينعدم السبب

(١) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٧١ - جيوار ٢ فقرة ٥٦٢ - هيك ١٤ فقرة ٤٤٨ - أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ هامش ١٢ - بودرى وتيسيه فقرة ٦٧٣ ص ٥١٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٥ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٣ هامش ١٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٦٣ - مازو فقرة ١٥٠٦ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٧٢ .

(٣) نقض ملق ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ - استئناف مختلط ١٥ يونيو سنة ١٨٩٩ م ٩ ص ٢٩٧ .

الصحيح ، ويجب على المشتري أن يرد العقار للمالك الحقيقي إذا استرده
هذه بدعوى الاستحقاق (١) .

٤٢٧ التصرف القانوني الظني : التصرف القانوني الظني (titre putatif)

(٢) هو تصرف لا وجود له في الحقيقة ، ولكنه متوهم
الوجود . فيظن الحائز للعقار أن العقار قد انتقل إليه بتصرف قانوني ناقل
للملكية ، ولكن ظنه هذا مجرد وهم ، إذ أن هذا التصرف القانوني لا يوجد
في الواقع ، ولا وجود له إلا في مخيلته ، ومن ثم لا يمكن أن يكون التصرف
الظني سبباً صحيحاً لتملك بالتقادم القصير (٣) . مثل ذلك وصية بعقار
مملوك لغير الموصي ، فيتسلم الموصي له العقار عند موت الموصي وهو حسن
النية أي يعتقد أن العقار مملوك للموصي . ويتبين فيما بعد أن الوصية التي تسلم
الموصي له العقار بموجبها قد رجع عنها الموصي قبل موته ، فزالت ولم يعد
لها وجود . فالوصية تصرف قانوني ناقل للملكية ، ولكنه هنا تصرف ظني
لا وجود له في الواقع ، فلا يصح اعتباره سبباً صحيحاً (٤) ، ومن ثم
لا يستطيع الموصي له أن يستند إلى هذه الوصية كسبب صحيح لتملك العقار
ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير .

ومثل ذلك أيضاً أن يبيع شخص أراضى لا يملكها لمشتري حسن النية ،
ويعين في عقد البيع هذه الأراضى . ثم يضع المشتري يده عليها ، ولكن يدخل

(١) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٦١ - جوار فقرة ٥٦٣ -
هيك ١٤ فقرة ٤٤٨ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٣ - ص ٥١٤ - بودري وتيسيه
فقرة ٦٧٢ - فقرة ٦٧٢ مكررة - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٥ - بلانيول
وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٦٣ .

(٢) ولفظ putatif مشتق من اللفظ اللاتيني putare ومعناه يحسب أو يعتقد (penser, croire)
(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٦ هامش ١٩ - بودري وتيسيه فقرة ٦٨٨ -
فقرة ٦٨٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٦ ص ٧١٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه
١ فقرة ٣١٦٤ - مازو فقرة ١٥٠٥ ص ١٢٠٧ - ص ١٢٠٨ .

(٤) لأنه كان لا ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك ثم رجع هذا عن الوصية ، ولأن
التصرف الظني كالتصرف الباطل وكالتصرف الصوري ، كل منها لا وجود له فلا يصلح
أيهما لأن يكون سبباً صحيحاً (بودري وتيسيه فقرة ٦٨٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة
٧٠٦ - كولان كاييتان ودي لا مورانديير ١ فقرة ١٢٠٠ ص ٩٧٨) .

ضمن ما وضع يده عليه أرض أخرى لم يشملها عقد البيع ويعتقد المشتري بحسن نية أن عقد البيع قد شملها . فعقد البيع فيما يتعلق بهذه الأرض عقد ظني لا وجود له إلا في مخيلة المشتري . ومن ثم لا يستطيع هذا الأخير أن يستند إلى هذا العقد الظني وأن يعتبره سبباً صحيحاً لامتلاك الأرض التي لم يشملها عقد البيع ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير (١) .

ومثل ذلك أخيراً أن يفرض شخص وكيله في شراء أرض ، ثم يضع يده على أرض يعتقد بحسن نية أنها هي الأرض التي اشتراها له الوكيل ولا يكون الوكيل قد اشتراها . فعقد الشراء الذي توهمه الموكل يكون في هذه الحالة عقداً ظنياً لا يستطيع أن يستند إليه الموكل معتبراً إياه سبباً صحيحاً لامتلاك الأرض ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير (٢) .

٤٢٨ - التصرف القانوني غير المسجل : ونفرض هنا أن شخصاً باع

عقاراً لا يملكه لمشتري حسن النية ، وقد وضع المشتري يده على العقار دون أن يسجل عقد البيع ، فهل يصلح عقد البيع غير المسجل لأن يكون سبباً صحيحاً لتملك المشتري العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير ؟ . في عهد التقنين المدني السابق ، وقبل قانون التسجيل ، حيث كان التصرف القانوني غير المسجل ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ولا يشترط

(١) نقض مدني ٢٤ ماي سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٠ ص ٧٠٠ - ١٩ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٢ ص ٨١٩ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٠٨ ص ٧٠٣ - استئناف مختلط ١٠ ماي سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٨٥ - ٢٣ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٩٣ - ١٣ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤١٣ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢٠ - ١٨ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٢٧ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٩٢ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٤٩ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٢ ص ٥٧٩ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٣ - ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٦ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٥ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٨٠ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٦٥ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٨ - ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٤١ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١١٣ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٦ - بودري وتيسيه فقرة ٦٦٦ - بلانيول ودييه وبيكاو ٣ فقرة ٧٠٦ ص ٧١٥ .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٦٨٨ ص ٥٢٩ - كولان وكايتان بدي لا مورانهير .

١ فقرة ١٢٠٠ ص ٩٧٧ - شفيق شحاته فقرة ٣٠٨ ص ٣١٠ .

التسجيل لإلنقل الملكية بالنسبة إلى الغير ، كان الرأى المجمع عليه هو أنه لا يشترط التسجيل ليكون التصرف القانونى الناقل للملكية سبباً صحيحاً فى التقادم المكسب القصير (١) . ولكن كان يجب ثبوت تاريخ التصرف القانونى للاحتجاج به على المالك الحقيقى لأنه يعتبر من الغير من ناحية ثبوت التاريخ (٢) . ولا تحسب مدة الخمس السنوات إلا ابتداء من التاريخ الثابت . ثم صدر قانون التسجيل ومن بعده قانون الشهر العقارى فى عهد التقنين المدنى السابق ، فأصبح التصرف القانونى غير المسجل لا ينقل الملكية لبالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين . فاختلف الفقه والقضاء فيما إذا كان يجب تسجيل التصرف القانونى الناقل للملكية حتى يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً . فذهب رأى إلى وجوب التسجيل (٣) ، وذهب رأى آخر إلى عدم

(١) الاسكندرية الوطنية ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٣٧٨ - منوف ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٨٠ ص ١٣٢ - بورسعيد أول أكتوبر سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ١٢ ص ٢٠ - استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢١٩ - ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٢٣٠ - ١٣ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٨٠ - ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٨ - ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٨ - ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥١ - ١٨ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٠٩ - ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٩١ .

(٢) استئناف وطنى ٥ يناير سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٤ - استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٠ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣١ - ٢٩ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٨ - وانظر محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٨٠ - وقارن عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤١٦ ص ٦٤٢ .

(٣) عبد السلام ذهنى فى السبب الصحيح فى التقادم الخمسى فى المحاماة ٦ ص ٦٠٨ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٨٥ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٣٧ ص ٢٤٦ - ص ٢٤٧ - استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٥٣ ص ١٠٣ - استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٤٤ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩٥ - ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٦ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٥ - ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٠ - ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٥ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٢ - ١٧ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٧٣ - ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٧٢ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ١٤ - ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٠ .

وجوبه وإلى أن التصرف القانوني غير المسجل يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً (١).
وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأي الآخر ، ولم تشترط التسجيل في
السبب الصحيح (٢) .

وقد راعى التقنين المدني الجديد قيام هذا الخلاف ، فحسمه بنص صريح
أخذ فيه بالرأي الأول واشترط في التصرف القانوني أن يكون مسجلاً حتى
يصلح أن يكون سبباً صحيحاً ، إذ قال في الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ مدني
كما رأينا (٣) : « والسبب الصحيح ... يجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون » .
وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص هذا النص :
« ويجب أن يكون السبب الصحيح مسجلاً خلافاً لما جرى عليه القضاء في
مصر ، وآثر المشروع هذا الحل حتى يمكن للتسجيل تمهيداً لإدخال السجل
العقارى » (٤) . فأصبحت المسألة ، بعد نفاذ التقنين المدني الجديد ، لا يمكن
أن تكون محلاً للخلاف . ولا شك ، أمام صراحة النص ، في أن التصرف
القانوني غير المسجل لا يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً (٥) . فاذا وضع
المشتري لعقار من غير مالك يده على العقار وهو حسن النية ، ولكن لم
يسجل عقد البيع ، فإنه لا يستطيع أن يملك العقار بالتقادم المكسب
القصير إلا إذا سجل العقد (٦) . ومن وقت تسجيله ، إذا كان حائزاً للعقار ،

(١) حامد فهمى في المحاماة ٧ ص ٩٧ - صليب سامى في المحاماة ٨ ص ٦٩١ - استئناف
مختلط ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٤ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٥ - ٢٢
أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٢ .

(٢) نقض مدني ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٧ ص ٢٩٢ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤١٧ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨ .

(٥) ويلاحظ أن عقد الرهن الحيازى ينشئ الحق فيما بين المتعاقدين دون حاجة إلى أن
يقيد ، وعلى ذلك لا يشترط فيه ، حتى يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً ، أن يكون مقيداً ، كما كان
شأن البيع قبل قانون التسجيل (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٦ ص ٦٤٣ - منصور مصطفى
منصور فقرة ١٧٩ ص ٤٢٣ هامش ٢) .

(٦) ويقول الأستاذ عبد المنعم البدر اوى : « ولا شك أنه سترتب على هذا أن يضيق نطاق
التقادم الخمسى إلى حد كبير ، نظراً لأن التسجيل لا يتم إلا بعد التثبت من حق طالب الشهر »
(عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٣٣ ص ٥٧٠) . وانظر أيضاً في هذا المعنى : إسماعيل غانم ص ١١٩ -
عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٦ ص ٦٤٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص ٤٢٣ -
حسن كبره ص ١٢٦ .

يبدأ سريان مدة الخمس السنوات اللازمة للتملك بالتقادم المكسب القصير (١) .
وغنى عن البيان أنه ما دام يشترط تسجيل التصرف القانوني ليكون سهياً
صحيحاً ، لم يعد هناك محل لاشتراط ثبوت التاريخ لجواز الاحتجاج
بالتصرف على المالك الحقيقي ، فإن التصرف المسجل يكون دائماً ثابت
التاريخ .

٤٢٩ - السبب الصحيح بشرط مستقل عن شرط حسن النية ويقع

عبء إثباته على الحائز : ولما كان السبب الصحيح هنا شرطاً مستقلاً عن
شرط حسن النية (٢) وليس عنصراً من عناصر حسن النية ، فإنه لا يفترض
توافره كما يفترض توافر حسن النية فيما سبى . لذلك كان من الواجب إثباته
قيام السبب الصحيح على التحديد الذى فصلناه فيما تقدم ، ويقع عبء
الإثبات على الحائز الذى يتمسك بالتقادم (٣) .

ويثبت الحائز السبب الصحيح ، وهو تصرف قانوني كما قدمنا ، طبقاً
للقواعد العامة في الإثبات (٤) . فإذا كان السبب الصحيح بيعاً مثلاً ،
وجب على الحائز أن يثبت هذا البيع بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت
قيمة العقار على عشرة جنيهات (٥) . وحتى لو كانت قيمة العقار لا تزيد
على عشرة جنيهات ، وهذا فرض شديد الندرة ، فإن مقتضى أن يكون

(١) والرأى الغالب في فرنسا ، حيث التسجيل غير ضرورى لانتقال الملكية
إلا بالنسبة إلى الغير كما كان الأمر في مصر قبل صدور قانون التسجيل ، أن السبب الصحيح
لا يشترط تسجيله (بودرى وتيسيه فقرة ٦٧٤ - فقرة ٦٧٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣
فقرة ٧٠٧) . ويرى الفقه في فرنسا أن هذا حل يؤسف له ، وأنه كان الأولى اشتراط تسجيل
السبب الصحيح (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٧ ص ٧١٦ - بلانيول وريبير وبولانجيه
١ فقرة ٣١٦٥) .

(٢) استئناف مخطوط ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٥ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨ .

(٤) بودرى وتيسيه فقرة ٦٧٧ .

(٥) استئناف مخطوط ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٨ - مازو فقرة ١٥٠٥ .
ص ١٢٠٨ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٩٤ - شفيق شحاته فقرة ٣٠٨ ص ٣٠٩ - عبد المنعم
البدراوى فقرة ٥٣٦ - أسمايل خاتم ص ١٢٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٢٢ - منصور
مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص ٤٢٤ - ص ٤٢٥ .

السبب الصحيح مسجلاً كما سبق القول (١) أن يكون البيع مكتوباً حتى يمكن تسجيله (٢) .

§ ٢ - حسن النية

٤٣٠ - **تحرير معنى حسن النية :** ويشترط أيضاً ، إلى جانب السبب الصحيح ، في التملك بالتقادم المكسب القصير ، توافر حسن النية عند الحائز . وفي ذلك تقول المادة ١/٩٦٩ مدني كما رأينا (٣) : « إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح ... » . ومعنى حسن النية هنا ، على وجه التحديد ، هو كما قدمنا أن يكون الحائز قد اعتقد ، وقت تلقيه الملكية أو الحق ، أنه يتلقى الملكية من المالك أو الحق من صاحبه . فحسن النية إذن يتحدد عند الحائز بأنه غلط يقع فيه ، يدفعه إلى الاعتقاد بأن المتصرف هو مالك العقار أو صاحب الحق (٤) . ويجب أن يكون حسن النية كاملاً ، فأى شك يقع في نفس

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٢٨ .

(٢) لذلك يجب على الحائز أن يثبت ، ليس فحسب وجود السبب الصحيح ، بل أيضاً أن هذا السبب الصحيح مسجل طبقاً للقانون (م ٣/٩٦٩ مدني) . ولا يغني عن إثبات السبب الصحيح ثبوت حسن النية ، فكل من السبب الصحيح وحسن النية شرط مستقل عن الشرط الآخر كما قدمنا ، وعلى ذلك يجب على محكمة الموضوع أن تبين في حكمها ، إلى جانب توافر شرط حسن النية عند الحائز ، طبيعة السبب الصحيح ونوعه وأنه تصرف قانوني ناقل للملكية مستوف للشروط التي يتطلبها القانون ، وذلك حتى تباشر محكمة النقض رقابتها على محكمة الموضوع في هذه المسائل القانونية (بودري وتيسيه فقرة ٦٧٧ مكررة) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤١٧ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن حسن النية هو اعتقاد المتصرف إليه اعتقاداً تاماً حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه ، فإذا كان هذا الاعتقاد يشوبه أدنى شك امتنع حسن النية (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦٢ ص ٥٢٩) . وينظر ، في الشخص المعنوي ، إلى نية من يمثله (م ٢ / ٩٦٥ مدني) . وتوافر حسن النية من مسائل الواقع التي يقدرها قاضي الموضوع ، ولكن تحديد حسن النية على الوجه الذي قدمناه من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض بأن لقاضي الموضوع مطلق السلطة في استخلاص النية من نصوص العقد ومن الظروف الملابسة لتحريره ، ولكن ما يستخلصه من ذلك يخضع لرقابة محكمة النقض من جهة مطابقته للتعريف القانوني لسوء النية . فجرد علم المشتري بعدم نقل تكليف الأملان المبيعة بمقتضى عقد مسجل إلى اسم البائع لبائعه لا يكفي في الدلالة

الحائز في أن المتصرف قد لا يكون هو المالك أو هو صاحب الحق بنفى حسن النية (١) .

ويستوى أن يكون الغلط الذى وقع فيه الحائز غلطاً في الواقع أو غلطاً في القانون (٢) . فيصح أن يتعامل الحائز مع مالك سابق للعقار تكون ملكيته قد فسخت أو أبطلت والحائز بجهل ذلك، ويعتقد أن المتصرف لا يزال مالكا للعقار ، وهذا غلط في الواقع . ويصح أن يتعامل مع مجرد حائز للعقار حسن النية أو سوء النية ، وهو يعتقد أن هذا الحائز يملك العقار بسبب أو بآخر ، وهذا أيضاً غلط في الواقع . ويصح أن يتعامل الحائز مع شخص

على سوء النية ، لأنه وحده لا يدل على أن المشتري كان يعلم أنه يشتري من غير مالك ، إذ يجوز أن يعتقد أن البائع له مالك رغم علمه بتكليف المبيع على غيره (نقض مدنى ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٣ ص ٢) . وقضت أيضاً بأن من القصور أن يقتصر الحكم في إثبات سوء نية المشتري على القول إن منازعه لم يقيم في الملكية الدليل المقنع على سوء نيته ، دون أن يتحدث عن الأحكام والمستندات التي قدمها لإثبات ذلك ، فإن هذا القول غاية في الإبهام ، وليس فيه ما يدل على أن المحكمة قد فحصت المستندات التي قدمت لها وقدرتها (نقض مدنى ٢٣ أبريل سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٢ ص ٤٢٣) . وقضت كذلك بأن حسن النية يفترض دائماً ما لم يقيم الدليل على العكس ، ومناط سوء النية المانع من اكتساب الملك بالتقادم الخمسى بثبوت علم المتصرف إليه وقت تلقى الحق بأن المتصرف غير مالك لما يتصرف فيه ، وإذا كان عدم ذكر سند ملكية البائع للطاعنين وتعمده بتقديم سند الملكية للمشتريين ليس من شأن أيهما أن يؤدي عقلاً إلى ثبوت علم الطاعنين بأن البائع لهما غير مالك ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أسس ثبوته سوء النية على ذلك يكون معيباً بالقصور (نقض مدنى ٣٠ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٩٦ ص ٦١٤) . وانظر نقض مدنى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٤ رقم ٦٦ - ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٥٤ رقم ٦٤ - محمد على عرفه ٢ فقرة ١٣٨ ص ٢٤٨ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٥٢٨ ص ٥٦٤ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤٠٨ ص ٦٣٣ .

(١) نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦٢ ص ٥٢٩ - استئناف مختلط ٧ يونيو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٣٠٠ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢٠ - ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٧ - ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤٨ - ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٥ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٢ - ٩ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٥٢ - أوبرى ورو فقرة ٢١٨ ص ٥١٩ - بودرى وتيسيه فقرة ٦٧٨ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٩ - مارتى ورينو فقرة ٢٠١ - كاربونييه ص ٢٠٩ .

(٢) أوبرى ورو فقرة ٢١٨ ص ٥١٩ هامش ٢٩ - بودرى وتيسيه فقرة ٦٨٠ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٧١٢ - دى باج ٧ فقرة ١٢٩٦ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢١٣ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤٠٨ ص ٦٣١ .

سند ملكيته للعقار هبة في صورة بيع وهو سند عرفي ، وقد ذكر فيه أن البائع قد وهب الثمن للمشتري ، فيعتقد الحائز أن الهبة على هذا الوجه صحيحة دون ورقة رسمية ، ثم يتبين بعد أن يشتري العقار من الموهوب له أن الهبة باطلة لأنها هبة مكشوفة لا هبة مستترة فلا بد من كتابتها في ورقة رسمية ، وهذا غلط في القانون . وسواء كان الغلط في الواقع أو في القانون ، فقاضي الموضوع هو الذي يقدر دون معقب عليه توافر حسن النية نتيجة لهذا الغلط ، وما إذا كان الغلط مغتفر (excusable) فيستقيم مع حسن النية ، أو غير مغتفر (inexcusable) فينفي حسن النية (١) .

٤٣١ - علم الحائز بعيوب سند المتصرف ينفي حسن النية : وعلم الحائز بالعيوب التي تشوب سند من تلقى منه الملكية ، وأن هذا السند باطل أو قابل للإبطال أو قابل للفسخ أو معرض للإلغاء بأي وجه من الوجوه ، ينفي عند الحائز حسن النية الواجب توافره فيه (٢) .

وعلى ذلك إذا تعامل الحائز مع شخص سنده عقد هبة مثلاً باطلة في الشكل ، وكان يعلم ببطلان الهبة لهذا السبب ، فانه يكون عالماً بأنه تعامل مع غير مالك ، فينتفي حسن نيته . وإذا تعامل مع مالك سنده عقد بيع صدر له من قاصر ، وكان الحائز يعلم ذلك ، فانه يكون عالماً بأن سند من تصرف له في العقار قابل للإبطال وأن القاصر إذا أبطل هذا السند أصبح المتصرف غير مالك بأثر رجعي ، ومن ثم يكون عالماً بأنه تعامل مع شخص يحتمل أن يظهر أنه غير مالك ، فينتفي حسن نيته . وإذا تعامل مع مشتر للعقار لم يوف ثمنه للبائع ، وكان الحائز يعلم ذلك ، فانه يكون عالماً بأن سند المتصرف قابل للفسخ لعدم دفع الثمن وأن هذا السند إذا فسخ لهذا السبب ظهر أن المتصرف

(١) استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٠٠ - ٤ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٢٤ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٦١ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٢ - ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ١٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٢ .
(٢) لوران ٣٢ فقرة ٤٠٩ - فقرة ٤١٠ - جيوار فقرة ٥٧٢ - ترولون فقرة ٩١٥ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٩ - بودري وتيسيه فقرة ٦٧٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٠ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٠٤ - نقض فرنسي ٢٢ مايو سنة ١٩٠٦ اللوز ١٩٠٦ - ١ - ٣٥١ - ١١ مايو سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١٠ - ١ - ١٧٢ .

غير مالك ، ومن ثم يكون عالماً بأنه تعامل هنا أيضاً مع شخص يحتمل أن يظهر أنه غير مالك ، فينتفى حسن نيته كذلك (١).

وعلى ذلك أيضاً إذا تعامل الحائر مع مالك للعقار تحت شرط فاسخ أو تحت شرط واقف ، وكان يعلم ذلك ، فانه يكون عالماً بأن سند المتصرف معرض للزوال بتحقيق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف ، ومن ثم يكون عالماً بأنه تعامل مع شخص يحتمل أن يظهر أنه غير مالك ، فينتفى حسن نيته .

٤٣٢ - علم الحائر بعيوب السبب الصحيح لا ينفى حسن النية :
وهناك عيب يشوب السبب الصحيح دائماً ، ومن المحتم أن يشوبه ، وهو أن يكون هذا السبب الصحيح صادراً من غير مالك ، كما سبق القول . فهذا العيب وحده هو الذى يجب أن يجهله الحائر ، لأن حسن النية هو كما قدمنا الجهل بأن السبب الصحيح صادر من غير مالك .

أما العيوب الأخرى التى تشوب السبب الصحيح ، فمنها ما يجعل التصرف القانونى غير صالح لأن يكون سبباً صحيحاً ، كالتصرف الباطل والتصرف الظنى والتصرف الصورى . وهذه مسألة ترجع إلى السبب الصحيح لا إلى حسن النية ، وسواء علم الحائر بأن التصرف باطل أو ظنى أو لم يعلم ، فان السبب الصحيح نفسه غير موجود ، فلا محل إذن للبحث فيما إذا كان الحائر حسن النية أو سيئها ، ففي الحالتين لا يستطيع أن يملك العقار بالتقادم المكسب القصير لانعدام السبب الصحيح .

بقيت العيوب التى تشوب التصرف القانونى ولا يكون من شأنها أن تجعله غير موجود ، وذلك كأن يكون التصرف قابلاً للإبطال لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الرضاء أو قابلاً للفسخ أو معلقاً على شرط فاسخ أو شرط واقف . فهذه العيوب لا تمنع التصرف من أن يكون سبباً صحيحاً ، وعلم الحائر بها لا ينفى حسن النية (٢) . وعلى ذلك إذا اشترى الحائر من غير

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٦٧٩ ص ٥٢٠ - بلانيول وريبيرد وبيكار ٣ فقرة ٧١٠ -

نقص فرنسى ١٤ نوفمبر سنة ١٨٨٧ سيرة ٨٨ - ١ - ٤٧٣ .

(٢) لأن حسن النية فى التقادم المكسب القصير هو كما قدمنا ، ليس الجهل بجميع عيوب السبب الصحيح ، بل الجهل بعيب واحد منها فقط هو أن التصرف صادر من غير مالك -

المالك عقاراً ، وكان البائع قاصراً أو كان البيع مشوباً بغلط أو تدليس أو إكراه ، فإن السبب الصحيح هنا يكون قابلاً للإبطال . وعلم الحائز بأن السبب الصحيح قابل للإبطال ، لنقص في الأهلية أو لعيب في الرضاء ، لا ينفي كما قدمنا حسن النية ، فيستطيع إذن أن يملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير (١) . ولكن لما كان التصرف قابلاً للإبطال فإن من تقرر الإبطال لمصلحة يستطيع أن يبطل التصرف إذا كانت دعوى الإبطال لم تسقط بالتقادم . ويستطيع المالك الحقيقي أن يستعمل دعوى مدينه وهو من تقرر الإبطال لمصلحة وتصرف في العقار للحائز ، فيطلب باسمه إبطال التصرف ، فيعود العقار إلى المتصرف ، وعند ذلك يترده منه المالك الحقيقي بدعوى الاستحقاق (٢) . وعلى ذلك أيضاً إذا اشترى الحائز العقار من غير مالكة ، وقسط عليه الثمن سنوات عدة ، واشترط البائع أن يكون البيع مفسوخاً إذا لم توف الأقساط في مواعيدها ، فإن السبب الصحيح هنا

= أما وقد جهل الحائز هذا العيب فهو حسن النية، سواء علم بالعيوب الأخرى أو لم يعلم (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٧ هامش ٢٤ - بودرى وتيسيه فقرة ٦٨١ ص ٥٢٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١١ ص ٧١٨ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣١٦٨ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٠٥) . وهناك رأى في الفقه الفرنسى يذهب إلى أن علم الحائز بأى عيب في السبب الصحيح يجعله سيء النية (لوران ٣٢ فقرة ٤٠٦ وما بعدها) . والنتيجة العملية لكل من الرأيين سواء . فإذا قلنا بأن علم الحائز بأن السبب الصحيح قابل للفسخ مثلاً يجعله سيء النية ، ترتب على ذلك أن الحائز لا يملك العقار بالتقادم المكسب القصير لعدم توافر حسن النية ، فيستطيع المالك الحقيقي أن يترده منه العقار بدعوى الاستحقاق . وإذا قلنا أن علم الحائز بأن السبب الصحيح قابل للفسخ لا يجعله سيء النية ، ترتب على ذلك أن الحائز يملك العقار بالتقادم المكسب القصير ، ولكن الذى تصرف الحائز يستطيع أن يفسخ التصرف ، ويستطيع دأته وهو المالك الحقيقي أن يستعمل دعوى الفسخ باسم مدينه فيفسخ التصرف ، فيعود العقار إلى من تصرف للحائز ، وعند ذلك يترده منه المالك الحقيقي بدعوى الاستحقاق (أوبرى ورو ، فقرة ٢١٨ ص ٥٢٥ هامش ٤٧ - وانظر آنفاً ص ١٠٨٢ هامش ١٢ - وص ١٠٩٨ هامش ٢) .

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٨ - نقض فرنسى ٢٢ مايو سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩١٠ - ١٧٢ - ١ - ١١ مايو سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١٠ - ١ - ١٧٢ - ١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ سيريه ١٩٢٧ - ١ - ١٩ .

(٢) انظر آنفاً ص ١٠٨٢ هامش ١٢ - وص ١٠٩٨ هامش ٢) .

يكون قابلاً للفسخ بمجرد التأخر عن دفع الأقساط . وعلم الحائز بذلك لا ينفي حسن النية ، فيستطيع إذن أن يملك العقار المبيع ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير . فاذا ما كسبه بالتقادم ، يبقى أنه إذا كانت هناك أقساط من الثمن لا تزال في ذمته ، ولم يوفها في مواعييدها ، فإن المالك الحقيقي ، وهو دائن للبائع ، يستطيع أن يستعمل دعوى مدينه ويطلب فسخ البيع . فاذا ما فسخ ، ورد العقار إلى البائع ، استطاع المالك الحقيقي أن يسترده منه بدعوى الاستحقاق . وعلى ذلك أخيراً ، إذا اشترى الحائز عقاراً من غير مالكة ، وكان البيع معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ ، فانه يكون مع ذلك سبباً صحيحاً ، وعلم الحائز بتعليق البيع على الشرط لا ينفي حسن نيته . فيستطيع إذن أن يملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير ، فاذا ما كسبه بالتقادم بعد تحقق الشرط الواقف أو كسبه بالتقادم ثم تخلف الشرط الفاسخ ، فإن ملكية العقار تخلص بانه للحائز . أما إذا تخلف الشرط الواقف ، أو تحقق الشرط الفاسخ ، فإن البيع يعتبر كأن لم يكن ويعود العقار إلى بائعه ، ثم يسترده المالك الحقيقي من البائع بدعوى الاستحقاق .

٤٣٣ - الوقت الذي يجب أنه يتوافر فيه حسن النية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٦٩ مدني كما رأينا (١) على ما يأتي : « ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق » . فحسن النية ، على التحديد الذي قدمناه ، يجب أن يتوافر عند الحائز في الوقت الذي كان فيه يتلقى الملكية أو الحق لو أنه كان يتعامل مع المالك أو صاحب الحق (٢) . فاذا اشترى الحائز العقار من غير مالك ، فحتى يمكنه أن يملك العقار بالتقادم المكسب القصير يجب أن يكون قد اعتقد بحسن نية وقت تسجيل عقد البيع ، وهو الوقت الذي يتلقى فيه ملكية العقار ، أنه اشترى من مالك وأن الملكية قد انتقلت إليه على

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤١٧ .

(٢) وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في عهد التقنين المدني السابق ، دون أن يشتمل هذا التقنين على نص صريح في ذلك (استئناف مخطط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠٣ - ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٠٥ - ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٠ - ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٦٦ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٨٤ - ١٢ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٢٥ ص ٥٠٢ - ٨ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٨ - محمد كامل مرسي ٤ فقرة ٢١١ ص ٢١١ .

هذا النحو بالتسجيل (١) . وهذا يكفي ، فلا يشترط أن يبقى حسن النية بعد ذلك طوال السنين الخمس اللازمة للتملك بالتقادم القصير . فلو أنه علم ، ولو بعد انقضاء مدة قصيرة من تسجيل البيع ، أن البائع غير مالك ، لما أثر ذلك في توافر شرط حسن النية فيه (٢) *(mala fides superveniens impedit usucapionem)* .

وأكثر من ذلك ، لو أنه كان حسن النية على النحو الذي قدمناه وقت تسجيل البيع ، وقبل أن يتسلم العقار المبيع علم أن البائع غير مالك ، فبدأت حيازته للعقار وهو على هذا العلم ، لعد شرط حسن النية مع ذلك متوافراً عنده (٣) . وتطبيقاً لما قدمناه ، لو أن شخصاً أوصى بعقار غير مملوك له لشخص آخر ، فحسن النية عند الموصى له يجب أن يتوافر وقت موت الموصى

(١) ولو كان البيع معلقاً على شرط واقف ، فإن حسن النية يجب توافره عند تسجيل البيع لا عند تحقق الشرط (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥٢٠ هامش ٢١) . ولو كان السبب الصحيح عقد رهن حيازي ، فإن حسن النية يجب توافره عند انعقاد الرهن الحيازي لأن حق الرهن الحيازي ينشأ فيما بين المتعاقدين بمجرد العقد ، ولا يطلب القيد إلا ليكون الرهن حجة على الغير (عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤٠٩ ص ٦٣٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٠ ص ٤٢٧ هامش ٣) .

(٢) استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٨ .

(٣) عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥٣٠ ص ٥٦٦ - إسماعيل غانم ص ١٢٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٠ ص ٤٢٨ - وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ولا يشترط حسن النية عند بدء الحيازة ، بل يكفي توافره عند تلقى الملكية بالسبب الصحيح ، فإذا اشترى شخص عقاراً من غير مالكة ، فيكفي أن يكون حسن النية وقت البيع حتى لو كان سوء النية وقت التسليم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩٨) . هذا والعبارة الواردة في المذكرة الإيضاحية من أنه يكفي أن يكون المشتري حسن النية وقت البيع ، يمكن التوسع في فهمها فتكون المعبرة بوقت تسجيل البيع ، إذ لم يكن المقصود بالعبارة الموازنة بين وقت البيع ووقت تسجيل البيع ، بل الموازنة بين وقت البيع بوجه عام (ويدخل في ذلك وقت تسجيله) ووقت تسليم المبيع . وعلى هذا الأساس يمكن فهم ما ورد في هذا الصدد في بعض الأقوال الفقهية (أنظر محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢١١ ص ٢١١ - شفيق شحاته فقرة ٣١٣ ص ٣١٢) . ويصعب تصور خلاف في هذه المسألة بعد صدور قانون التسجيل وقانون الشهر العقاري (قارن محمد على عرفة فقرة ١٣٩ ص ٢٥٠ هامش ١ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤٠٩ ص ٦٣٤ هامش ١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٠ ص ٤٢٧) .

لا وقت قبول الوصية ، لأن الموصى له يملك الموصى به عند موت الموصى (١) .

والقاعدة التي قدمناها ، من أنه يكفي أن يتوافر شرط حسن النية وقت تلقي الحق ولا يشترط بقاء حسن النية بعد ذلك ، قاعدة موروثة من القانون الروماني . وزاحمها في القانون الفرنسي القديم قاعدة عكسية قررها قانون الكنيسة ، فاشترط هذا القانون بقاء حسن النية طوال المدة اللازمة للتقادم المكسب القصير . ثم انتقلت القاعدة الرومانية إلى التقنين المدني الفرنسي متغلبة على القاعدة التي قررها قانون الكنيسة ، ومن التقنين المدني الفرنسي انتقلت القاعدة الرومانية إلى التقنين المدني المصري القديم والجديد (٢) .

٤٣٤ - إنبات حسن النية : رأينا (٣) أن الفقرة الثالثة من المادة

(١) وإذا كانت الوصية لا تلزم إلا بقبولها من الموصى له ، لكنه إذا قبلها استحق الموصى به من حين الموت ، لأن الوصية تصرف قانوني من جانب واحد هو جانب الموصى ، وتنتج أثرها عند موته دون حاجة لقبول الموصى له ، وإنما القبول للزوم الوصية لالتزامها وإنتاج أثرها (أنظر آنفاً فقرة ٧٦) . ويلاحظ مع ذلك قواعد التسجيل ، إذ أن الوصية بمقار لا تنقل ملكيته إلا بالتسجيل ، ولما كان التسجيل يتم عادة بعد قبول الموصى له ، فإن حسن النية يجب أن يتوافر عند تسجيل الوصية أي بعد قبول الموصى له ، وهذا ما لم تكن الوصية قد سجلت في حياة الموصى فعندها يجب توافر حسن النية وقت موت الموصى لا وقت قبول الوصية (محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٣٩ ص ٢٥٠ - عيد المنعم البدر اوى فقرة ٥٣٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠٩ ص ٦٣٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٠ ص ٤٢٧ - ص ٤٢٨) . وانظر في فرنسا أن حسن النية يجب توافره عند موت الموصى : لوران ٣٢ فقرة ٤١٧ - جيوار ٢ فقرة ٥٧٩ - هيك ١٤ فقرة ٤٦٠ - بودري وتيسيه فقرة ٦٨٦ . وهناك في فرنسا رأي آخر يذهب إلى أن حسن النية يجب توافره عند قبول الموصى له (أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥٢٠ وهاش ٣٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٧٠ ص ١٠٣٤ هاش ١ - بيدان ٤ فقرة ٧٦٧ - مازو فقرة ١٥٠٠ - أنسيكلو يدي دالوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ٥٢) .

(٢) وينتقد الفقه الفرنسي القاعدة الرومانية ، ويؤثر عليها القاعدة الكنسية. ولا يستكثر هذا الفقه على الحائز أن يبقى حسن النية طوال المدة اللازمة للتملك بالتقادم القصير ، فإن أصبح سوء النية في خلال هذه المدة ، فأمامه التقادم المكسب الطويل وعليه أن يستوفى مدته حتى يملك العقار بالتقادم (بودري وتيسيه فقرة ٦٨٥ ص ٥٢٧ - ص ٥٢٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٣ ص ٧١٩ هاش ٣ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٧٠) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

٩٦٥ مدني تنص على ما يأتي : « وحسن النية يفترض دائماً ، ما لم يقدّم الدليل على العكس » . وقدّمنا أنه لا يطلب من الحائز أن يثبت حسن نيته ، فالمفروض فيه أصلاً أنه حسن النية حتى يثبت العكس (١) .

وعلى ذلك يفترض في الحائز الذي يتمسك بالتقادم المكسب القصير أنه حسن النية ، فلا يكلف إثبات حسن نيته . ويستوى في ذلك أن يكون جهل الحائز بأن من تعامل معه غير مالك راجعاً إلى غلط في الواقع أو إلى غلط في القانون ، ففي الحالتين يفترض حسن نية الحائز . وهناك رأي يذهب إلى أن حسن النية لا يفترض في حالة الغلط في القانون ، فان الغلط في القانون لا يجوز افتراضه ويجب على الحائز إثباته . ولكن ما دمنا نسلم أنه إذا كان جهل الحائز راجعاً إلى غلط في القانون فإنه يعتبر حسن النية ، وما دام حسن النية يفترض دائماً ، فان الواجب التسليم بأن الحائز يفترض فيه دائماً حسن النية ، سواء رجع جهله إلى غلط في الواقع أو إلى غلط في القانون (٢) .

وقد قدّمنا أن حسن النية مفترض ، إلى أن يقوم الدليل على العكس . وعلى ذلك إذا ادعى المالك الحقيقي أن الحائز لم يكن حسن النية ، وأنه كان يعلم وقت تلقي الملكية أن المتصرف غير مالك ، فعليه هو يقع عبء إثبات ذلك . وله أن يثبت سوء نية الحائز بجميع طرق الإثبات ، لأن سوء النية واقعة مادية فيجوز إثباتها بالبيئة والقرائن (٣) . ويوقع كثيراً في العمل أن

(١) استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢٠ - ٢٥ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٦٦ - ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣١٠ - ١٢ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٠١ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٤٣ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٢٥ - ٨ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٨ . وانظر آنفاً فقرة ٢٩١ .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٦٨٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٣ ص ٧١٩ - مارتى ورينو فقرة ٢٠١ ص ٢١٣ - وانظر عكس ذلك وأن الغلط في القانون لا يفترض : لوران ٣٢ فقرة ٤١٥ - جيوار فقرة ٥٧٥ - أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥١٩ - ص ٥٢٠ وهامش ٣٠ - وهذا الخلاف محدود الإهمية من الناحية العملية ، فالذي يقع عملاً أن الحائز يبادر هو نفسه إلى إثبات حسن نيته وأن غلطه كان غلطاً مفتقراً .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ادعى المشتري أنه تملك العقار بوضع اليد مع حسن النية والسبب الصحيح ، فلا يحتاج إثبات سوء نيته عند الشراء إلى دليل معين ، بل هو جائز بجميع طرق الإثبات القانونية ومنها القرائن ، وقد تكون هذه وحدها كافية في الإثبات . =

يلجأ المالك الحقيقي ، في اثبات سوء نية الحائز ، إلى سند المتصرف الذي تعامل الحائز على مقتضاه . فقد يتبين من هذا السند أن المتصرف غير مالك أو أن ملكيته ليست خالصة ، فيستخلص من ذلك سوء نية الحائز ما دام يعلم ، أو كان ينبغي أن يعلم ، أنه يتعامل مع غير مالك (١) .

المطلب الثاني

كسب ملكية المنقول

(الحيازة في المنقول سند الملكية)

٤٣٥ - نص قانوني : تنص المادة ٩٧٦ مدني على ما يأتي :

١ - من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سنداً لحامله ، فانه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته .

٢ - فاذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية ، فانه يكسب الملكية خالصة منها .

٣ - والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك (٢) .

= فاذا كان من يدعى سوء نية المشتري قد ساق القرائن القائمة في الدعوى الدالة على صحة دعواه ، وكالت هذه القرائن دالة فعلا على سوء النية ، فانه يكون من القصور أن يكنى الحكم في رده على تلك القرائن بمجرد القول بأن ظروف الحال تدل على أن المشتري حين اشترى كان يعلم أنه يشتري من المالك الحقيقي (نقض مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٧ ص ٥٥١) . وانظر أيضا نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٦١ (لقاضي الموضوع ملحة تامة في استخلاص سوء النية من قضائها في الدعوى ، ولا يكنى لاستفادة نازع الملكية للقنن رسا عليه المزاو من التقادم الحسني تذرعه بجهله الحقيقة ، إذا كان مقصراً في البحث والاستقصاء ، فان تقصيره يتعارض مع حسن النية ولا يجوز له أن يفيد من هذا التقصير) .

وانظر بودري وتيسيه فقرة ٨٦٣ ص ٥٢٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٣ ص ٧١٨ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣١٦٩ - نقض فرنسي ١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ جازيت دي باليه ١٩٢٧ - ١ - ٧٣٠ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٥ - ١ - ٢٠٤ . (١) بودري وتيسيه فقرة ٨٦٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٣ ص ٧١٨ -

كليريونييه ص ٢١٩ - نقض فرنسي ١٥ فبراير سنة ١٩١٧ سيريه ١٩٢٧ - ١ - ١٩٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٢٧ من المشروع التمهيدي على الوجه

الآتي : ١ - من حاز منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سنداً لحامله ، مستنداً في حيازته =

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المواد ٤٦/٦٨ و ٦٠٧/٧٣٣ و ٧٣٤/٦٠٨ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٢٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٨٠ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٦٣ (٢) .

= إلى سبب صحيح ، فانه يصبح مالكا لما حازه ، إذا كان حسن النية وقت حيازته . ٢ - فإذا كان الحائز بحسن نية وبسبب صحيح قد حاز الشيء باعتباره خالياً من التكاليف والقيود العينية ، فانه يكسب الملكية خالصة من هذه التكاليف والقيود . ٣ - والحيازة وحدها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٥١ في المشروع النهائي ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية جعلته مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٠ - ص ٥١٢) .

(١) التقنين المدني السابق م ٦٨/٤٦ : ومع ذلك تنتقل ملكية الأموال المنقولة باستلامها بناء على سبب صحيح ولو لم تكن ملكاً لمن سلمها . إنما يشترط في ذلك أن يكون المستلم معتقداً صحة الملك فيها للمسلم ، ولا يضر هذا بحق المالك الحقيقي في طلب استردادها في حالة الضياع أو السرقة .

م ٧٣٣/٦٠٧ : وثبتت الملكية في المنقولات في حق كل إنسان بمجازتها المترتبة على سبب صحيح مع اعتقاد الحائز لها صحة حيازته .

م ٧٣٤/٦٠٨ : مجرد وضع اليد على المنقولات يستفاد منه وجود السبب الصحيح وحسن الاعتقاد ، إلا إذا ثبت ما يخالف ذلك ، مع مراعاة ما تقدم في حالي السرقة والضياع . (وأحكام التقنين المدني السابق تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد ، وإن كان التقنين المدني السابق أورد هذه الأحكام مشتتة في أماكن مختلفة : أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٥) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٢٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٨٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦٣ : ١ - من حاز وهو حسن النية منقولا أو سنداً لحامله ، مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح ، فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد . ٢ - والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح ، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك . (وأحكام التقنين العراقي في مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصري ، غير أن التقنين العراقي لم يورد نص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٦ مدني مصري وهي تتكلم عن إسقاط التكاليف والقيود للعينية بالحيازة ، وجعل حائز المنقول لا تسمع عليه دعوى الملك لأن يتملك هو المنقول ، وذلك وذلك جرياً على تقاليد التقنين العراقي في عدم جواز سماع الدعوى) .

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن حيازة المنقول بحسنية وبسبب صحيح تنقل ملكية المنقول إلى الحائز ، فيصبح مالكا له بمجرد الحيازة . ويورد التقنين المدني الفرنسي هذه القاعدة الهامة في المادة ٢٢٧٩ منه ، ويصدر هذه المادة بعبارة مشهورة استعارها من القانون المدني الفرنسي القديم كما وردت على لسان Bourjon أحد فقهاء هذا القانون ، تجرى على الوجه الآتي :

« En fait de meubles, la possession vaut titre. » (١) . وقد ألف الفقه في مصر أن يؤدي هذه القاعدة ، التي انتقلت من القانون الفرنسي إلى القانون المصري ، بالعبارة الآتية : « الحيازة في المنقول سند الملكية » (٢) .

والمفروض أن حائز المنقول قد تعامل مع غير المالك بموجب تصرف قانوني ناقل للملكية كالبيع وهذا هو السبب الصحيح ، فباع له غير المالك منقولا ، فلم تنتقل إليه الملكية بالبيع لأنه صادر من غير مالك كما قدمنا . فهل يبقى مشتري المنقول حسن النية معرضا مدة معينة لدعوى استحقاق يرفعها عليه المالك الحقيقي ، كما رأينا مشتري العقار من غير المالك معرضا مدة خمس سنوات لدعوى استحقاق يرفعها عليه المالك الحقيقي ؟ لم ير القانون الفرنسي القديم أن يجعل مشتري المنقول في مركز مشتري العقار ، إذ أن المنقول على خلاف العقار يقتضي السرعة في التعامل ، ويصعب في المنقول فحص أصل ملكية

-
- (١) وهذا ما قاله Bourjon "En fait de meubles, la possession vaut titre." : أنظر Bourjon الكتاب الثاني الباب الأول - الفصل السادس - الفرع الأول فقرة ١ - وانظر في الموضوع بأكمله : Jobbé Duval في دراسة تاريخية في دعوى استحقاق المنقول ، في القانون الفرنسي باريس سنة ١٨٨١ - Saleilles في حيازة المنقول باريس سنة ١٩٠٧ .
- (٢) عدل الفقهاء المحدثون في مصر عن هذه العبارة إلى العبارة الآتية : « الحيازة في المنقول سند الحائز » ، بدعوى أن الحيازة لا تكسب الملكية فحسب ، بل تكسب أيضاً حقوقاً عينية أخرى غير الملكية ، وكذلك تسقط التكاليف والقيود العينية فيكسب الحائز الملكية خالصة منها . وإذا كانت العبارة الأولى التي كانت مألوفة ناقصة على هذا الوجه ، فإن العبارة المستحدثة ناقصة أيضاً ، ولا تكون هذه العبارة كاملة إلا إذا قيل : الحيازة في المنقول سند الحائز في الملكية وفي الحقوق العينية الأخرى وفي إسقاط التكاليف والقيود العينية . أما إذا أريد الإيجاز والاقتصار على إبراز أظهر آثار الحيازة ، فإن العبارة التي كانت مألوفة قد أبرزت أظهر هذه الآثار وهو كسب ملكية المنقول ، حتى أن Bourjon وهو الذي استعار التقنين المدني الفرنسي عبارته كما قلنا يقول في هذه العبارة *la possession vaut titre de propriété*.

البائع إذ المنقول كثير التنقل من يد إلى يد ، وبحسب مشتريه أن يراه في يد البائع حتى يطمئن إلى أنه يتعامل مع المالك . ومن ثم إذا ظهر أن بائع المنقول لم يكن هو المالك ، ولم تنتقل الملكية إلى المشتري بالبيع ، فإنها تنتقل بحيازة المشتري للمنقول إذا كان وقت الحيازة حسن النية أى يعتقد أن البائع هو المالك . وبذلك يكون المشتري ، بمجرد حيازة المنقول على هذا الوجه ، بمأمن من أن يرفع عليه المالك الحقيقي دعوى الاستحقاق ، ولا يضطر أن يبقى حائرا للمنقول طوال خمس سنوات كما يضطر إلى ذلك مشتري العقار فيما رأيناه في التقادم المكسب القصير (١) .

فالحيازة بحسن نية تنقل إذن ملكية المنقول فورا إذا كانت مقترنة بالسبب الصحيح ، ولا تنقلها مقترنة بالسبب الصحيح في العقار إلا إذا دامت خمس سنوات كما رأينا ، وتنقلها فورا وبدون حاجة إلى سبب صحيح في الثمار كما سنرى .

وتملك المنقول بالحيازة على النحو الذى قلّمناه أمر يقتضيه ، لا سرعة التعامل في المنقول فحسب ، بل أيضا استقرار التعامل فيه . وبدون هذه القاعدة يصبح التعامل في المنقول محفوقا بالمخاطر ، فينبغى إذن لمن يشتري منقولا من غير المالك وهو يعتقد أنه المالك أن يعتبر كأنه اشترى من المالك نفسه (٢) ، وإذا لم تنتقل إليه الملكية بالبيع فإنها تنتقل بالحيازة . وهذا ما وصل إليه القانون الفرنسى القديم في عهوده الأولى ثم في تطوراته الأخيرة ، وذلك على خلاف القانون الرومانى الذى كان لا يعرف هذه القاعدة . ويدعو ذلك إلى إيراد عجلة سريعة في الأصل التاريخى للقاعدة .

٤٤٦ - الأصل التاريخى لقاعدة تملك المنقول بالحيازة : لم يعرف القانون

الرومانى هذه القاعدة ، بل كان حائز المنقول إذا كان حسن النية لا يملكه فورا ، وإنما كان يملكه بالتقادم كالعقار ، ولكن في مده أقصر : سنة واحدة

(١) أنظر بودرى وتيسيه فقرة ٨٢٦ ص ٦٥٤ وفقرة ٨٢٩ ص ٦٥٨ - بلانيول

وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٠ .

(٢) ويقول سالى فى هذا المعنى : « الحيازة غير العرضية التى يطلقها الحائز من يعتقد

أنه المالك تعدل السند الذى يصدر من المالك نفسه » (سالى فى رسالته فى التصرف فى القيم

المنقولة سنة ١٨٨٣ فقرة ٩٢) .

ثم أطلبت في عهد جستنيان إلى ثلاث سنوات (١) .

أما القانون الفرنسى القديم فقد ظل في عهوده الأولى محتفظاً بالتقاليد الجرمانية ولم يتبع القانون الرومانى ، فكان لا يعطى للمالك المنقول إذا خرج المنقول من حيازته إلى حيازة شخص آخر دعوى استحقاق ضد الحائز الجديد . فإذا كان خروج المنقول من حيازة مالكه بإرادة المالك ، كما فى الوديعة والعارية ، فإن للمالك أن يرفع دعوى شخصية ضد المودع عنده أو المستعير يسترد بها المنقول ، ولكن ليس له أن يرفع دعوى استحقاق ضد حائز انتقلت إليه الحيازة من المودع عنده أو المستعير . ومن هنا جرت القاعدة بأن المنقول ليس فيه حق التتبع (Meubles n'ont pas de suite, mobilié non heben scquelam) (٢) . أما إذا كان خروج المنقول من حيازة مالكه بسبب السرقة أو الضياع ، فإن القانون كان يعطى للمالك دعوى ذات صبغة جنائية ، مالبث أن انقلبت إلى دعوى استحقاق مدنية يرفعها المالك ضد الحائز للمنقول (٣) .

وبقى الأمر على هذا النحو إلى القرن الثالث عشر ، إذ بدأ القانون الفرنسى القديم يتأثر فى هذه المسألة بالقانون الرومانى شيئاً فشيئاً ، فيكون للمالك دعوى استحقاق يسترد بها المنقول ولو خرج من حيازته طوعاً دون سرقة أو ضياع . وما أقبل القرن السادس عشر حتى أصبحت القاعدة الرومانية مستقرة فى القانون الفرنسى القديم ، وأصبح للمالك ، كما كان الأمر فى القانون الرومانى ، دعوى

(١) أنظر فى أن القاعدة لم تكن موجودة فى القانون الرومانى عبد الفتاح عبد الباقى رسالته فى دور الحيازة فى المنقول ص ١٩ - ص ٣٤ .

(٢) وكان أصل هذه القاعدة أن القوانين القديمة ، قبل أن تعرف عقود الوديعة والرهن والعارية ، كانت تقضى بأن المالك ينقل ملكية الشيء إلى من يريد أن ينقل إليه حيازته على سبيل الوديعة أو الرهن أو العارية ، على أن يلتزم الحائز التزاماً شخصياً برد الشيء إلى المالك . فكان المالك إذا تجرد من حيازة الشيء تجرد أيضاً من ملكيته ، وتجرد تبعاً لذلك من دعوى الاستحقاق . وبقي متجرداً من دعوى الاستحقاق حتى بعد أن عرفت القوانين القديمة عقود الوديعة والرهن والعارية ، وبالرغم من أن هذه العقود لا تنقل الملكية ، وعلى الفقهاء القدماء ذلك بأنه جزاء على عدم حيلة المالك فى تسليمه ملكه إلى من بدده بالتصرف فيه ، فوضع ثقته فيمن لا يستحقها (أنظر مازو فقرة ١٥٢١) .

(٣) أنظر فى ذلك بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٨٩ - فقرة ٣٣٩١ - عبد الفتاح عبد الباقى فى رسالته فى دور الحيازة فى المنقول ص ٤١ - ص ٦٩ .

استحقاق يسترد بها المنقول في أى يد كان . (١) .

ولكن سرعان ما تفاقمت المخاطر التى يتعرض لها التعامل فى المنقول من جراء القاعدة الرومانية ، إذا كان الحائز للمنقول حسن النية . وتوالت الجهود ، منذ أوائل القرن السابع عشر ، للتضييق من دعوى استحقاق المنقول ، فأنقصت المدة التى كان يجوز أن ترفع فى خلالها وكانت ثلاث سنوات كما حددها جستنيان . ثم ألغيت دعوى استحقاق المنقول بتاتا ، إذا كان المالك هو الذى نقل حيازة المنقول بإرادته إلى شخص ائتمنه عليه فتصرف فيه على غير ما يريد المالك . ولم تسبق دعوى استحقاق المنقول إلا فى حالتى السرقة والضياع ، فعاد الأمر فى القرن الثامن عشر إلى ما كان عليه قبل القرن الثالث عشر . وهكذا بقى القانون الفرنسى القديم متأثرا بالقانون الرومانى طوال خمسة قرون ، ثم رجع إلى تقاليد القدماء ، واستبعد دعوى الاستحقاق فى المنقول .

وورد ذكر استبعاد دعوى الاستحقاق فى المنقول ، فى القرن الثامن عشر ، فى كتاب (٢) لأحد فقهاء القانون الفرنسى القديم — بورجون Bourjon — ظهر فى سنة ١٧٤٧ . وقد أرجع بورجون هذه القاعدة إلى قضاء محكمة Châtelet بباريس ، ويبدو على الأرجح أن هذا القضاء كان حديثا وقت أن كتب بورجون (٣) .^١ وقد عدل فقهاء القانون الفرنسى القديم فى هذا العهد

(١) وتحورت القاعدة التى كانت تقضى بأن المنقول ليس فيه حق التبع إلى معنى آخر ، فأصبحت تقضى بأن المنقول ليس فيه حق التبع عن طريق الرهن الرسمى *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* أى أن المنقول لا يصح أن يكون محلا للرهن الرسمى فلا يترتب هذا الرهن إلا على العقار . أنظر مازو فقرة ١٥٢٢ ص ١٢٢٢ — مارتى ورينو فقرة ٣٩٠ ص ٣٧٨ — بلانيول ورييو وبولانجييه ١ فقرة ٣٣٩٢ — فقرة ٣٣٩٤ — عبد الفتاح عبد الباقى فى رسالته فى دور الحيازة فى المنقول ص ٧٠ — ص ٧٨ .

(٢) عنوانه « القانون العام فى فرنسا » (La droit commun de la France) .

(٣) أنظر بلانيول ورييو وبيكار ٣ فقرة ٣٦٩ ص ٣٦٥ وهاش ٢ — مازو فقرة ١٥٢٣ — مارتى ورينو فقرة ٣٩٠ ص ٣٧٨ — ص ٣٧٩ — بلانيول ورييو وبولانجييه ١ فقرة ٣٣٩٨ — فقرة ٣٤٠٠ — وانظر فى أن بوتيه لم يقرر ، كما قرر بورجون ، قاعدة تملك المنقول بالحيازة باعتبارها قاعدة مسلما بها فى القانون الفرنسى القديم ، بل كان يجعل لملك المنقول رفع دعوى الاستحقاق على الحائز ولو كان حسن النية إلا فى حالة سرقة ، وفى الخلاف بين مقررره وبوتيه ومقررره بورجون فى هذا الشأن ، وفى أن المادة ٢٢٧٩ مدنى فرنسى اقتبست مما كتبه بورجون لا مما كتبه بوتيه : بودرى وتيسيه فقرة ٨٢٢ — ٨٢٦ .

الأخير عن العبارة التي كانت مألوفة منذ القرن الثالث عشر من أن المنقول ليس فيه حق التتبع (*meubles n'ont pas de suite*) ، إلى عبارة أخرى هي أن « الحيازة تعدل السند » (*possession vaut titre*) . وكان المقصود بهذه العبارة الأخيرة ، في أول الأمر ، أن حائز المنقول إذا ادعى ملكيته لم يطالب بتقديم دليل على هذه الملكية ، وتكفي حيازته للمنقول سنداً له إلى أن يثبت خصمه أنه هو المالك . ثم ظهر قضاء *Châtelet* ، والجديد فيه أنه أعطى لهذه العبارة قوة أكبر بكثير مما كانت عليه ، فلم تعد تعني أن حيازة المنقول تقتصر على مجرد افتراض أن حائز المنقول هو المالك له إلى أن يقوم الدليل على العكس ، بل أصبحت تعني أن حائز المنقول يصبح مالكا له بمجرد الحيازة فلا يستطيع من يدعى استحقاق المنقول أن يسرده من يد الحائز (١) . وعلى ذلك أصبحت العبارة تفيد في القانون الفرنسي القديم معنيين مختلفين . المعنى الأول أن حيازة المنقول طريق لإثبات ملكيته ، يفترض في الحائز أنه هو المالك ولا يكلف تقديم دليل على ذلك وتكفيه الحيازة سنداً ، وذلك إلى أن يقدم مدعى الاستحقاق الدليل على أنه هو المالك دون الحائز . والمعنى الآخر أن حيازة المنقول ليست فحسب طريقاً لإثبات ملكيته ، بل هي أيضاً طريق لكسب ملكيته . فلا تقتصر حيازة المنقول على مجرد إقامة قرينة على ملكيته إلى أن يقوم الدليل على العكس ، بل إن هذه الحيازة تكسب الحائز ملكية المنقول إذا لم يكن مالكا له قبل الحيازة . وقد انتقل هذان المعنيان من القانون الفرنسي القديم إلى القانون الفرنسي الحديث ، حيث أصبحت المادة ٢٢٧٩ مدني فرنسي تعبر بطريق مباشر عن المعنى الثاني (٢) ، وحيث ألصق القضاء الفرنسي المعنى الأول بالمادة نفسها إذ لم يجد نصاً آخر يفيد مباشرة هذا المعنى (٣) . فأصبح لحيازة المنقول دوران ، فهي طريق للإثبات ، وهي سبب لكسب الملكية . وهذا ما ننتقل الآن إليه .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٩ ص ٣٦٦ .

(٢) أنظر ما قاله Bigot de Préamneux في هذا المعنى في *Jenet* ١٥ ص ٦٠٠ .

(٣) أنظر في الأصل التاريخي لقاعدة تملك المنقول بالحيازة أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٤٤ هامش ٢ - بوري وتسييه فقرة ٨١٧ - فقرة ٨٢٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٨ - فقرة ٣٦٩ - مارتى وريينو فقرة ٣٩٠ - عبد الفتاح عبد الباقي في رسالته في دور الحيازة في المنقول ص ١٥ - ص ١١٠ .

٤٣٧- ميازاة المنقول لها دورا - طريق للإثبات وسبب لكسب الملكية :

الملكية : أما أن حيازة المنقول طريق للإثبات . فيظهر ذلك إذا كان النزاع بين حائز المنقول ومن تلقى الحائز منه الحيازة . ويكون هذا الأخير في العادة هو المالك ، ويستوى في ذلك أن يكون الحائز حسن النية أو سيئها . وأما أن حيازة المنقول سبب لكسب الملكية . فإن ذلك إنما يكون إذا كان حائز المنقول قد تعامل مع غير المالك (non domino) وتلقى وهو حسن النية الحيازة منه ، فتكون الحيازة سببا لكسب الحائز ملكية المنقول ^١ . فالحيازة إذن تكون طريقا للإثبات إذا تعامل الحائز مع المالك . وسببا لكسب الملكية إذا تعامل مع غير المالك . ونستعرض كلا من هذين الدورين :

(الدور الأول) حيازة المنقول طريق للإثبات : الحائز للمنقول . كالحائز للعقار . يفترض فيه أنه المالك لما يخوزه . وافترض أن الحائز هو المالك لا نص عليه في التقنين المدني الفرنسي . ولكنه يستخلص من تقاليد القانون . ومن الفهم السليم . ومما جرى عليه القضاء الفرنسي في تتابع واضطراد . ولما كان القضاء الفرنسي لا يجد نصا صريحا يستند إليه في هذه المسألة . فقد اضطر للالتجاء إلى المادة ٢٢٧٩ مدني فرنسي يستند إليها في ذلك ^٢ . أما في مصر ، ففي التقنين المدني المصري نص صريح في هذا المعنى . فقد نصت المادة ٩٦٤ مدني فيما قدمناه على أن « من كان حائزا للحق اعتبر صاحبه . حتى يقوم الدليل على العكس » . فالحيازة القانونية تفترض الملكية عند الحائز . إلى أن يثبت العكس . ثم إن الحيازة المادية تفترض الحيازة القانونية . فقد نصت المادة ٩٦٣ مدني فيما رأينا على أنه « إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد . اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية . إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة » . فإذا طبقنا هذه النصوص على

(١) أنظر بلاسول وريبير وبكار ٣ فقرة ٣٧٣ ص ٣٧٠ - مازو فقرة ١٥٢٤ - وأنظر في التقنين المدني الفرنسي المادتين ٩٣٢ و ١٠٠٦ - وفي التقنين المدني السويسري المادتين ٩٣٠ و ٩٣٣ .

(٢) بلاسول وريبير وبكار ٣ فقرة ٣٧٤ - أنسيكو بيدى دالوز؛ لفظ Revendication فقرة ١٠١ - عبد القح عبد الباقي في رسالته في دور الأخيرة في المنقول ص ١٥١ - ص ١٥٤ .

حيازة المنقول ، أمكن القول بأن التثمين المدنى المصرى صريح فى أن من يحوز المنقول حيازة مادية يفترض فيه أنه يحوزه حيازة قانونية ، ومن يحوزه حيازة قانونية يفترض فيه أنه مالكة ، وذلك كله ما لم يقدّم الدليل على العكس . وعلى ذلك تكفى الحيازة المادية للمنقول حتى يستخلص منها الحيازة القانونية ، والحيازة القانونية بدورها تفترض فى حائز المنقول أنه مالكة ، ويستوى فى ذلك كما قدمنا أن يكون حائز المنقول حسن النية أو سيئها .

وافترض أن حائز المنقول يملكه يقوم فى جميع الأحوال ، ولا يطلب من الحائز أن يقدم الدليل على ملكيته إذ أن ملكيته مفترضة . ويطلب من مدعى الاستحقاق أن يقدم هو الدليل على ملكيته . ولكن أكثر ما يستعين فيه حائز المنقول بهذا الافتراض عندما يقوم نزاع بينه وبين من تلقى منه الحيازة على ملكية المنقول ، فيطلب هذا الأخير من الحائز أن يرد له المنقول مدعياً أنه إنما تخلّى له عن حيازته على سبيل الوديعة أو على سبيل العارية مثلاً . ويدعى الحائز أنه إنما تلقى ملكية المنقول من هذا الحائز السابق وقد اشتراه منه مثلاً أو وهبه هذا إياه . ويتحقق ذلك بوجه خاص إذا وجدت منقولات ذات قيمة ، كمجوهرات ، أو سندات لحاملها أو أثاث . فى يد قريب أو وارث أو خادم أو ممرضة أو خلية لشخص كان يملك هذه المنقولات ثم توفى . ويطلب الورثة باستردادها من الحائز . ويدعى الحائز أن المورث قد وهبها إياه (١) . فعند ذلك يستطيع الحائز أن يتمسك بالحيازة قرينة على أن الملكية قد انتقلت إليه من المورث بموجب تصرف قانونى صحيح ولا يطلب منه إثبات هذا التصرف (٢) . ولكن يشترط فى ذلك أن يثبت الحائز أن حيازته للمنقولات حيازة حقيقية . وأنها مقترنة بنية التملك (*animo domini*) ، وأنها خالية من العيوب . فحيازة المنقولات حيازة رمزية ، عن طريق تسلم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن . ليست حيازة حقيقية (انظر م ٢/٩٥٤ مدنى) . ولا يعتبر المشتري قد حاز المبيع حيازة حقيقية ، إذا هو تركه فى يد البائع يحوزه نيابة عنه *constitut possessorie* (٣) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٥ .

(٢) كاربونيه ص ٢٦٠ .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٨٥٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٦ ص ٢٧٣ .

ولكن يعتبر حيازة حقيقية تسلم الحائز مفاتيح المكان أو الصندوق الذى أودع فيه المنقول ، بحيث يستطيع الاستيلاء على المنقول فى أى وقت يشاء (١) . ونية التملك مفترضة عند الحائز ، إلا إذا أقام مدعى الاستحقاق الدليل على أن الحيازة إنما هى حيازة عرضية غير مقترنة بنية التملك (٢) . ويجب أن تكون الحيازة خالية من عيب الإكراه ، ومن عيب الخفاء . ومن عيب الغموض (٣) .

فإذا أثبت الحائز حيازته للمنقول على النحو الذى قدمناه ، فإنه لا يكلف تقديم الدليل على أنه مالك للمنقول إذ أن الحيازة تفترض وجود الملكية عنده ، ويحمل مدعى الاستحقاق عبء إثبات أن الحيازة لم تتوافر فيها الشروط المطلوبة . فله أن يثبت أن الحيازة حيازة عرضية بأن يثبت مثلا وجود عقد وديعة أو عقد وكالة أو عقد عارية أو أى عقد آخر يعترف بموجبه الحائز أنه لا يحوز المنقول إلا لحساب مالكه وأنه ملتزم برده له (٤) . ويسرى فى إثبات هذا العقد القواعد العامة فى الإثبات ، فلا يحوز إثباته إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة المنقول على عشرة جنيهات (٥) . ولمدعى الاستحقاق أيضا أن يثبت أن الحيازة حيازة خفية ، كأن يثبت مثلا أن الحائز قد أخفى السندات لحاملها فلم يذكرها فى محضر حصر التركة على أنها كانت لاميت ثم وهبه إياها ، وجعل يقبض « كوبوناتها » بواسطة الغير مدة طويلة ، فلما اشتهر أمرها عند الورثة تمسك الحائز بحيازتها . فى مثل هذا الفرض تكون الحيازة حيازة خفية ، فلا يعتد بها ولا تكون قرينة على الملكية (٦) . وعيب الخفاء واقعة مادية . يحوز إثباتها بجميع الطرق . ولمدعى الاستحقاق أن يثبت أن الحيازة حيازة غامضة . كأن يثبت مثلا أن الحائز كان فى معيشة واحدة مع المورث (cohabitation)

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٨٥٠ - بلانيول وريبير وبيكر ٣ فقرة ٢٧٦ ص ٢٧٢ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١ وفقرة ٢٧١ .

(٣) نقض فرنسى ٢١ فبراير سنة ١٩٥٦ دالوز ١٩٥٦ - ٢٨٧ - ٢٠ يونيه سنة ١٩٦١

. ١٢٣٥٢ II J.C.P.

(٤) استئناف مختلف ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠١ - نقض فرنسى ٢٤ يونيه

١٩١٢ دالوز ١٩١٤ - ١ - ٣٦ - ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٤ - ١ - ١٢١ .

(٥) نقض فرنسى ١٢ مارس سنة ١٩١٨ دالوز ١٩٢١ - ١ - ١٤٨ .

(٦) نقض فرنسى ٢٧ مارس سنة ١٨٩٠ دالوز ٩٠ - ١ - ٤١٣ - ١٥ أبريل

سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٣٨٨ .

وأن المنقولات انتقلت إلى يده بحكم هذه المعيشة الواحدة ، فيشوب الحيازة غالباً عيب الغموض ، ومن ثم لا يعتد بها ولا تكون قرينة على الملكية (١) . وعيب الغموض هو أيضاً واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ويترك التقدير فيها لقاضي الموضوع (٢) . ولمدعى الاستحقاق كذلك أن يثبت أن الحائز إنما استولى على المنقولات بطريق الاحتيال والغش . فلا يعتد عندئذ بالحيازة ولا تكون قرينة على الملكية ، ويجوز إثبات الاحتيال والغش بجميع الطرق .

فإذا ما نجح مدعى الاستحقاق في إثبات شيء مما تقدم ، وأصبحت الحيازة لا يعتد بها كقرينة على الملكية ، فإن عليه أن يثبت ملكيته هو أو ملكية مورثه للمنقولات ولو عن طريق حيازة سابقة . ليسترد هذه المنقولات بدعوى الاستحقاق التي رفعها (٣) . وقد يستردها بالدعوى الشخصية . إذا ما أثبت مثلاً أن الحائز ، كان مودعاً عنده أو مستعيراً وأن عليه التزاماً بالرد (٤) . أما إذا لم ينجح مدعى الاستحقاق في إثبات ما يوجهه من طعن في الحيازة ، فإن الحيازة تبقى محتفظة بقيمتها ، وتكون قرينة على ملكية الحائز (٥) . ولكن هذه

(١) مقض فرنسي ٢١ يونه سنة ١٩١١ سيريه ١٩١٢ - ١ - ٠٨ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٧ ص ٣٧٥ .

(٣) بودري وتيسيه فقرة ٨٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٨ ص ٣٧٦ -

ص ٣٧٧ - وانظر عكس ذلك أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ هامش ٢٦ .

(٤) ولكن الدعوى الشخصية تعرض مدعى الاستحقاق لأن يزاحمه سائر دائي الحائز (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٨ ص ٣٧٧) . وإلى جانب هذه الميزة لدعوى الاستحقاق على الدعوى الشخصية توجد ميزتان أخرى : (أ) قد تكون الدعوى الشخصية سقطت بالتقادم ، فلا يكون أمام المالك في هذه الحالة إلا دعوى الاستحقاق وهي لا تسقط بالتقادم . (ب) قد يكون المنقول سلم بعقد لنفص الأهلية ، فإذا أبطل العقد لم يعد للمالك إلا دعوى الاستحقاق . (ج) قد يكون المنقول أوصى برقبته لشخص وبحق الانتفاع فبه لشخص آخر . ويضع صاحب حق الانتفاع يده على المنقول باعتباره ملكاً له انفاعاً ورقبة ، فلا يستطيع مالك الرقبة إلا أن يرفع دعوى الاستحقاق في هذه الحالة . إذ لا يوجد رابطة شخصية تربطه بصاحب حق الانتفاع حتى يجوز له رفع الدعوى الشخصية . أنظر في ذلك كولان وكايتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١٢١٧ ص ٩٩٣ .

(٥) ولا يكلف الحائز إقامة الدليل على التصرف القانوني الذي يدعى أنه نقل إليه الملكية من المورث ، كبيع أو هبة . ويعتبر الحائز كأنه تلقى الملكية من المورث بالبيع الذي يدعيه أو بالهبة التي يدعيها ، وتسرى عليه أحكام البيع أو الهبة (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٩ - تعليق بلانيول في دالور ١٩٠٤ - ٢ - ٢٨٩) .

القرينة قابلة لإثبات العكس ، ولا يكفي لدحضها أن يثبت مدعى الاستحقاق أنه كان يملك المنقول ، إذ تبقى قرينة انتقال هذه الملكية منه إلى الحائز بفضل الحيازة الثابتة قائمة . بل على مدعى الاستحقاق أن يثبت ملكيته للمنقول ، وأن يثبت فوق ذلك أن الملكية لم تنتقل إلى الحائز بتصرف قانوني خال من العيوب (١) .

(الدور الثاني) حيازة المنقول سبب لكسب الملكية : ويفرض هنا أن الحائز تلقى الحيازة وهو حسن النية . لا من المالك كما هو الأمر في الحيازة التي تكون طريقاً للإثبات . بل من غير المالك . فيكسب الحائز ملكية المنقول . لا بموجب التصرف القانوني الصادر من غير المالك فإن هذا التصرف لا ينقل الملكية ما دام قد صدر من غير المالك ، ولكن بموجب الحيازة نفسها التي تعتبر في هذه الحالة سبباً لكسب ملكية المنقول . وذلك ما لم يكن المنقول قد سرق من مالكه أو ضاع منه ، فإن المالك في هذه الحالة ، وقد خرج المنقول من حيازته بغير إرادته ، يعامل معاملة أفضل من المالك الذي خرج المنقول من حيازته بإرادته ووضع ثقته فيمن لا يستحقها . فتخلي عن حيازة المنقول لشخص خان الأمانة وتصرف في المنقول لحائز حسن النية .

وعلى ذلك يستطيع المالك . في حالة السرقة والضياع . أن يسترد المنقول من الحائز بالرغم من حسن نيته على تفصيل سيرد بيانه فيما يلي .

وهذا الدور الثاني لحيازة المنقول ، وهو أن تكون الحيازة سبباً لكسب

(١) أنظر في تفصيل هذه المسألة عبد الفتاح عبد الباقي رسالته في دور الحيازة في المنقول ص ٤٩٣ - ص ٥٧٠ - قارن شفيق شحاته فقرة ٢١٩ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١١١ - فقرة ١١٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٣٩ - ويلاحظ أنه إذا لم ينجح الطعن في حيازة الحائز وبقيت الحيازة محتفظة بقيمتها فانه يفترض أن لدى الحائز سنداً نقل إليه الملكية من مدعى الاستحقاق (بلانيول وريير وبولانجييه ١ فقرة ٣٤٣٦ - أنسيكلو بيدي دالوز ٤ لفظ Revendication فقرة ١٠٢) . ولا يكلف الحائز إثبات وجود هذا السند ، ولكن يجب على الأقل أن يبين على وجه التحقيق ما هو السند الذي يتمسك به ، وذلك حتى يتيسر لمدعى الاستحقاق أن يقدم الدليل العكسي في هذا السند (أنسيكلو بيدي دالوز ٤ لفظ Revendication فقرة ١٠٥) .

الملكية ، هو الذى يعيننا هنا ، فنقتصر عليه فى بحثنا (١) . ونتكلم أولاً فى القاعدة العامة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية ، ثم نتكلم فى حكم الحيازة إذا كان المنقول مسروقاً أو ضائعاً .

§ ١ - القاعدة العامة - الحيازة فى المنقول سند الملكية

٤٣٨ - شروط تطبيق القاعدة والآثار التى تنبئ على تطبيقها :
وهناك شروط لا بد من توافرها حتى يمكن تطبيق القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية ، فإذا ما توافرت هذه الشروط ووجب تطبيق القاعدة نتج عن تطبيقها آثار معينة .

١ - الشروط الواجب توافرها لتطبيق القاعدة

٤٣٩ - شروط أربعة : يجب لتطبيق القاعدة توافر شروط أربعة :
(١) أن يكون هناك منقول . (٢) وأن يخضع هذا المنقول لحيازة صحيحة .
(٣) وأن يصحب هذه الحيازة سبب صحيح . (٤) وأن تقترن الحيازة بحسن النية (٢) .

٤٤٠ - الشرط الأول - المنقول الذى تنطبق عليه القاعدة - المنقول المادى :

تنطبق القاعدة على كل منقول مادى ، أى كل شيء يمكن أن ينتقل من مكان إلى آخر دون تلف ، فيدخل فى ذلك العروض والحيوانات والمأكولات والمشروبات وأثاث المنزل والبضائع والكتب والورق والأقلام والسيارات والمركبات وأكشاك الأسواق والمعارض وخيام البدو الرحل وخيام الكشافة ومواد البناء ما دامت لم تشيد والأنقاض المتهمة من البناء وغير ذلك من المنقولات

(١) وهو يختلف عن الدور الأول ، كما رأينا ، فى أمرين : أولهما أن الحائز فى الدور الثانى يتلقى الحيازة من غير المالك ويتلقاها فى الدور الأول من المالك ، والأمر الثانى أن الحائز فى الدور الثانى يجب أن يكون حسن النية ولا يشترط حسن النية فى الدور الأول .
(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يشترط فى تملك المنقول بالحيازة ما يأتى : (أ) أن يكون الشيء منقولاً أو حقاً عينياً على منقول كرهن حيازة أو سند لحامله وهو منقول معنوى تجسد فأخذ حكم المنقول المادى . (ب) أن تكون هناك حيازة متوافرة الشروط . (ج) أن تكون الحيازة مقترنة بحسن النية ، وحسن النية مفروض كما هى القاعدة . (د) أن تستند الحيازة إلى سبب صحيح ، والسبب الصحيح يفرض هنا بخلاف السبب الصحيح فى التقادم . فجرد الحيازة إذن يفرض معها حسن النية والسبب الصحيح ، حتى يقوم الدليل العكس » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٤) .

المادية^(١) . وتعتبر النسخة الأصلية من المصنف (manuserit) منقولا ماديا فتطبق عليه القاعدة ، ومن ثم إذا اشتراها شخص حسن النية من غير المالك تملكها بالحيازة . ولكن لا يترتب على انتقال الملكية إلى الحائز أن تنتقل إليه حقوق المؤلف ، ولا يكون له الحق في نشر المصنف ، ومن جهة أخرى لا يجوز للمؤلف أن يلزم الحائز بأن يمكنه من نسخ النسخة الأصلية إلا باتفاق معه^(٢) . ويستثنى من المنقولات المادية فلا يخضع للقاعدة : (١) المنقولات المعتبرة من الأملاك العامة ، لأنها غير قابلة للتملك فلا يجوز تملكها بالحيازة . ويدخل ضمن هذه المنقولات المستندات والوثائق المحفوظة لدى الوزارات والمصالح المختلفة أو دار المحفوظات العامة ، والمتحف والتماثيل والصور المعروضة بالمتاحف العامة ، والتماثيل والمنقولات الأثرية^(٣) ، والكتب والمخطوطات الموجودة بالمكتبات العامة ، والذخائر والأسلحة والمهمات الحربية ، وكل منقول آخر خصص للمنفعة العامة^(٤) . وتستطيع الدولة أو الشخص العام أن يسترد هذه المنقولات من أي حائز لها ولو كان حسن النية وتوافرت فيه شروط تملك المنقول بالحيازة ، ويستردها في أي وقت كان ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة أو أكثر^(٥) . (٢) المنقولات الخاضعة للقيد أو المنقولات ذات

(١) انظر الوسيط ٨ فقرة ٢٦-فقرة ٢٧ .

(٢) الوسيط ٨ فقرة ٢٢٤ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٦ - ص ١٥٧ - بودري وتيسيه فقرة ٨٤٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٠ ص ٣٦٧ . عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٢ ص ٦٧٨ - ص ٦٧٩ - ونرى من ذلك أن القاعدة لا تنطبق على الملكية الأدبية والفنية والصناعية والتجارية لأنها تقع على شيء غير مادي (نقض مدني ١٢ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٥١ ص ١١١٤ - نقض فرنسي ٢٦ فبراير سنة ١٩١٩ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ٢١٥) .

(٣) نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٨ ص ٢١٥ - استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١ .

(٤) الوسيط ٨ فقرة ٥٤ ص ١١٩ وفقرة ٥٧ ص ١٢٦ .

(٥) أنظر في عدم انطباق القاعدة على رسالة كتبها موليير بخطه autographe de Molière

وتملكها المكتبة الملكية بباريس : باريس ٣ يناير سنة ١٨٤٦ دالوز ٤٦-٢-٢١٢ - وعلى منقولات توثت أماكن للعبادة : روان ١٣ نوفمبر سنة ١٩٦١ جازيت دي باليه ١٩٦٢ ١ - ٩٩ . وقد سبق أن قررنا في الجزء الثامن من الوسيط : « وكما لا يجوز تملك الشيء العام بالتقادم ، كذلك لا يجوز تملكه إذا كان منقولا بالحيازة . وعلى هذا يجوز للشخص الإداري أن يسترد الشيء العام المنقول من تحت يد حائزه ، ولو كان هذا الحائز حسن النية . وإذا كان الشيء العام المنقول قد سرق أو ضاع ثم اشتراه شخص حسن النية ، فإن الشخص الإداري يستطيع أن يسترده منه ولا يلتزم برد الثمن إليه إذا كان المشتري قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع في سوق عامة أو من تاجر يتعامل في مثل هذا المنقول » (الوسيط ٨ فقرة ٨٦ ص ١٥٣) :

الطبيعة الخاصة : وأهم هذه المنقولات هي السفن والطائرات ، إذ يمكن تعيين مكان ثابت لها لا يتغير تقيد فيه السفينة أو الطائرة . كما تقيد التصرفات الواردة على أى منهما ، والقيد (immatriculation) هنا يعدل التسجيل (transcription) أو القيد (inscription) في العقارات . ومن ثم لا تنتقل ملكية هذه المنقولات ما لم يشهر التصرف ، فهي منقولات تلحق بالعقارات من هذه الناحية ، وهي كالعقارات لا تخضع لقاعدة تملك المنقول بالحيازة (١) .

وما دام المنقول المادى هو الذى يخضع للقاعدة على النحو الذى قدمناه ، فلا تخضع لها إذن العقارات بطبيعتها . كذلك لا يخضع لها العقار بالتخصيص ، وهو المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله . وما دام هذا المنقول ملحقا بالعقار ، فإنه يستردده مع العقار بدعوى الاستحقاق (٢) ، ولا تحول دون ذلك قاعدة تملك المنقول بالحيازة لو أن حائزا حسن النية حاز العقار وما ألحق به من عقار بالتخصيص (٣) . ولكن

(١) أنظر القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ بشأن تسجيل السفن التجارية والقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ بشأن حقوق الامتياز والرهون البحرية ، والمشروع الجديد للقانون البحرى ، واتفاقية شيكاغو المبرمة فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ وقد ارتبطت مصر بأحكامها ومن هذه الأحكام إخضاع الطائرات لإجراء التسجيل على النحو المقرر بالنسبة إلى السفن - وانظر الوسيط ٨ فقرة ٢٨ . ولكن هذه المنقولات ذات الطبيعة الخاصة الخاضعة للقيد لا تعتبر عقاراً بل منقولا ، ومن ثم لا تخضع للتقادم المكسب القصير ، وإنما تخضع للتقادم المكسب الطويل (بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٥) .

ولا تخضع الثمار ، وإن كانت منقولا ، لقاعدة تملك المنقول بالحيازة . فإنها ، وإن كانت هى الأخرى تملك بالحيازة أى بالقبض ، إلا أنها تسرى عليها أحكام قاعدة أخرى غير القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية ، وسيأتى بيان ذلك (أنظر م ٩٧٨ مدنى) .

(٢) استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٩ .

(٣) وهناك رأى يذهب إلى عدم انطباق القاعدة على المنقولات التابعة لعقار حتى لو لم تكن هذه المنقولات عقاراً بالتخصيص ، كمنزل يباع بالأثاث الذى فيه ، فان المالك الحقيقى للمنزل والأثاث يستطيع أن يسترد من الحائز حسن النية المنزل والأثاث جميعاً (كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٢١٤ ص ٩٨٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٠ ص ٣٦٧ هامش ٣) . وقد ساد هذا رأى فى الفقه المصرى (محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٠٨ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١١٤ ص ٢١٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٣ ص ٥٨٩ - ص ٥٩٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٢ ص ٦٨١) . ولكن لو باع مالك العقار عقاره وفيه منقولات غير مملوكة له ، فان المشتري حسن النية يملك هذه المنقولات بالحيازة (منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٥ ص ٤٣٩ هامش ٣) .

إذا فصل العقار بالتخصيص عن العقار، فإنه يرجع منقولا بطبيعته كما كان قبل إلحاقه بالعقار، ومن ثم يخضع للقاعدة ويصح تملكه بالحيازة. فإذا استأجر شخص أرضا زراعية بما عليها من مواش وآلات زراعية مملوكة لصاحب الأرض، وفصل المستأجر ماشية أو آلة زراعية منها وباعها لمشتري حسن النية، فإن هذا المشتري يملك الماشية أو الآلة الزراعية بمجرد الحيازة، ولا يجوز دون ذلك أن الماشية أو الآلة الزراعية كانت في الأصل عقارا بالتخصيص ما دامت قد فصلت عن الأرض (١).

ولا يخضع للقاعدة الحقوق الشخصية، كالديون (créances) والأوراق التجارية (effets de commerce)، فإن الديون تنتقل بالحالة (cession de créance) والأوراق التجارية تنتقل بالتحويل (transfert) أو بالتظهير (endossement) (٢). ويستثنى من ذلك السندات لحاملها، فسرى (٣) أنها تخضع للقاعدة ويجوز تملكها بالحيازة.

ولا يخضع للقاعدة المجموع من المال (universalité)، لأنه لا يقبل الحيازة. ومن ثم لا يخضع للقاعدة المتجر (fonds de commerce) (٤).

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٦ ص ٦٧٥ - أما المنقول بحسب المال فالأمر فيه يختلف، فإنه وقت أن يشتريه شخص حسن النية يكون عقاراً يستطيع المشتري أن يتحرى عن ماله. فإذا اشترى شخص أشجاراً على أن تقطع وتسلم إليه، أو اشترى منزلاً على أن يهدم ويسلم إليه أنقاضاً، فهناك خلاف فيما إذا كانت قاعدة تملك المنقول بالحيازة تنطبق في هذه الحالة. أنظر في انطباقها بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٦، وانظر في عدم انطباقها Rodière في مجلة التشريع ٤٢ ص ٣٢١. ونميل إلى الأخذ بالرأي بالثاني، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشتري لسقف قديم قبل أن يفصل عن البناء الذي هو فيه ليس له أن يتمسك بالقاعدة (استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٢٠).

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٥ - بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٠ ص ٣٦٦ - نقض فرنسي ٤ نوفمبر سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ ١ - ٤٤ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٣٠ - ٣ - ١٦ مارس سنة ١٩٣٠ دالوز الأسبوعي ١٩٣٠ - ٤١٢.

(٣) أنظر مايلى فقرة ٤٤١.

(٤) بودرى وتيسيه فقرة ٨٤٣ مكررة - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٠ - نقض فرنسي ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٤ - ١ - ١١٢.

ولا التركة ولو لم تشتمل إلا على منقولات فإن المطالبة بالتركة إنما تكون بدعوى الإرث لا بدعوى الاستحقاق (١) .

٤٤١ - السند لحامره : رأينا (٢) أن الفقرة الأولى من المادة ٩٧٦ مدني

تقول : « من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله » . فألحق السند لحامله (titre au porteur) بالمنقول في تطبيق المادة ٩٧٦ مدني . فاذا انتقلت إلى شخص حسن النية حيازة سند لحامله بسبب صحيح تملك هذا السند بمجرد الحيازة . والسند لحامله هو حق شخص (créance) الدائن فيه هو أى شخص يحمل السند ، فينتقل هذا الحق لا عن طريق الحوالة (cession de créance) كما تنتقل الحقوق الشخصية ، ولا عن طريق التحويل (transfert) كما تنتقل السندات الاسمية (titres nominatifs) ، ولا عن طريق التظهير (endossement) كما تنتقل السندات الإذنية (titres à ordre) ، بل عن طريق المناولة من يد إلى يد ، فأى شخص يحمل السند يكون هو الدائن كما قدمنا . وعلى ذلك يختلط الحق الشخصي في السند لحامله بالورقة ذاتها التي تثبت السند ، ويصبحان شيئاً مادياً واحداً هو هذه الورقة التي أثبتت فيها السند . ويتجسد الحق الشخصي في الورقة ، فتنقل إليه ماديته . ويصبح السند لحامله في حكم المنقول المادى ، كل من يحوزه بحسن نية يعتبر مالكا له كالمنقول المادى سواء بسواء ومن أجل ذلك أدخل المشرع السند لحامله في نطاق تطبيق المادة ٩٧٦ مدني ، شأنه في ذلك شأن المنقول المادى (٣) .

وكما يخضع السند لحامله لقاعدة تملك المنقول بالحيازة ، كذلك تخضع « كوبونات » (coupons) لنفس القاعدة . فمن حاز هذه الكوبونات بحسن نية وبسبب صحيح ، يصبح مالكا لها (٤) .

وإذا ظهر السند الإذني على بياض (endossé en blanc) ، فأصبح

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٥ - بودري وتيسيه فقرة ٨٣٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥ .

(٣) بودري وتيسيه فقرة ٨٤١ .

(٤) بودري وتيسيه فقرة ٨٤١ ص ٦٧٢ هامش ٢ .

ينتقل بالمناولة من يد إلى يد ، فانه يأخذ حكم السند لحامله ، ويدخل كالسند لحامله في نطاق تطبيق المادة ٩٧٦ مدنى (١) .

والأوراق النقدية (billets de banqu) هي في الواقع سندات لحاملها ، ومن ثم تدخل في نطاق تطبيق المادة ٩٧٦ مدنى . فمن حاز بحسنية وبسبب صحيح ورقا نقديا من غير مالكة ، فانه يملكه . أما إذا كان سىء الينة ، فإن لمالك الورق النقدى ، على فرض أنه أمكن التعرف على ذاتية هذا الورق النقدى وهذا نادر ، أن يسترده منه بدعوى الاستحقاق . وكالورق النقدى النقود المعدنية ، إذا أمكن التعرف على ذاتيتها (٢) .

٤٤٢ - الحقوق العينية على المنقول : ويدخل كذلك في نطاق تطبيق

المادة ٩٧٦ مدنى الحقوق العينية على المنقول (م ١/٩٧٦ مدنى) ، وذلك بشرط أن يكون الحق العينى على المنقول قابلا للحيازة . ويقبل الحيازة من الحقوق العينية على المنقول حق الانتفاع بالمنقول وحق استعماله ، ورهن حيازة المنقول ، وحق الامتياز على المنقول .

فأما حق الانتفاع بالمنقول (usufruit) وحق استعماله (usage) ، فيكسبان ، كما تكسب ملكية المنقول نفسه ، بالحيازة إذا اقترنت بسبب صحيح وتوافر حسن النية عند الحائز . فإذا رتب غير المالك ، على منقول مادى ، لشخص حق انتفاع أو حق استعمال ، وتسلم هذا الشخص المنقول وهو حسن النية للانتفاع به أو لاستعماله ، فإنه يملك حق الانتفاع أو حق الاستعمال بالحيازة . والسبب الصحيح هنا هو عقد إنشاء حق الانتفاع أو حق الاستعمال ، وقد صدر من غير مالك المنقول . والاعتبارات التى بنى عليها تملك حق الانتفاع أو حق الاستعمال فى المنقول بالحيازة هي نفس الاعتبارات التى بنى عليها كسب ملكية المنقول نفسه بالحيازة : استقرار التعامل فى المنقول ومقتضيات سرعة التداول . وقد نصت المادة ١/٩٨٥ مدنى على أن « حق الانتفاع يكسب بعمل قانونى أو بالشفعة أو بالتقادم » ، وأغفل النص الحيازة فى المنقول سهوا ، ولا يشملها التقادم لأن التملك بالحيازة غير التملك بالتقادم كما سيأتى .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧١ ص ٣٦٨ .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٨٤٢ .

وأما حق رهن الحيازة في المنقول ، فقد ورد في شأنه نص صريح ، إذ نصت المادة ١١١٨ مدني على أن « ١ - الأحكام المتعلقة بالآثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التي لحاملها تسرى على رهن المنقول . ٢ - وبوجه خاص يكون للمرتهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه في الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون . كما يجوز من جهة أخرى لكل حائر حسن النية أن يتمسك بالحق الذي كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقاً لتاريخ الرهن » . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في رهن الحيازة في الجزء العاشر من الوسيط . ويكفي هنا أن نقرر أنه إذا رتب غير المالك على المنقول حق رهن حيازة لشخص تسلم المنقول على سبيل الرهن وهو حسن النية ، فإن هذا الشخص يصبح دائماً مرتهناً للمنقول . لا بموجب عقد الرهن إذ هو صادر من غير المالك . ولكن بموجب الحيازة الواقعة على حق الرهن لا على حق الملكية ، والسبب الصحيح هنا هو عقد الرهن الصادر من غير المالك . ويستطيع الحائر أن يحتج بهذا الرهن على المالك الحقيقي للمنقول (١) . واستقرار التعامل في المنقول : هنا أيضاً ، هو الذي يبرر كيف يكسب الدائن حق رهن الحيازة في المنقول بالحيازة . إذا صدر الرهن من غير مالك المنقول (٢) . وتبين أهمية ذلك بوجه خاص بالنسبة إلى بنوك ائرهون ، فهي تقرض المدينين وتأخذ ضماناً لتقرض رهن حيازة على منقول يقدمه المدين . كسندات لحاملها أو مجوهرات أو غير ذلك من المنقولات . ولا يستطيع الدائن أن يتثبت مما إذا كان المدين هو المالك للمنقولات المرهونة ، فمن حقه أن يستند إلى حيازة المدين الراهن للمنقول ليطمئن إلى أنه هو المالك ، وإلا لما استقر التعامل ، ولتعطل هذا الوجه من وجوه الائتمان .

وأما حق الامتياز على المنقول ، فإنه يثبت بالحيازة مع حسن النية حيث

(١) استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٧ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢٩٥ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٨٢ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٧٥ ص ٥٤٠ - وللدائن المرتهن حسن النية أن يحتج برهنه على الدائن صاحب الامتياز كالمستأجر (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٠٥) وكالبائع (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٠) .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٨٦٨ .

يكون حق الرهن مبنياً على فكرة الرهن الضمني ، فيأخذ حكم رهن الحيازة على النحو الذى قدمناه . من ذلك امتياز المؤجر على المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة ، فانه يثبت « ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر أو كانت مملوكة للغير . ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها فى العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها ، وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة » (م ١١٤٣ / ٢ مدنى) . ومن ذلك أيضاً امتياز صاحب الفندق على أمتعة النزيل ، فيقع الامتياز على الأمتعة « ولو كانت غير مملوكة للنزيل ، إذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها ، بشرط ألا تكون تلك الأمتعة مسروقة أو ضائعة »^(١) (م ١١٤٤ / ٢ مدنى) .

٤٤٣- الشرط الثانى - الحيازة : ويجب أن يحوز الشخص المنقول حيازة صحيحة . حتى يملكه . والحيازة هنا هى سبب كسب ملكية المنقول ، أو سبب كسب الحق العيني على المنقول كحق الانتفاع وحق رهن الحيازة . وحتى تكسب الحيازة الحائز الملكية أو الحق العيني ، يجب أن تكون حيازة حقيقية ، وأن تكون متوافرة على عنصرها المعنوى إلى جانب هذا العنصر المادى ، وأن تكون خالية من العيوب . وقد قدمنا مثل ذلك فى الحيازة عندما تقوم بدورها الآخر ، كطريق للإثبات لا كسبب الملكية^(٢) .

فيجب أن تكون الحيازة حيازة حقيقية (réelle) ، فحيازة المنقول حيازة رمزية لا تكفى كما إذا تسلم الشخص البضائع المعهود بها إلى أمين النقل

(١) وبذهب رأى إلى أن المصدر المباشر هو النص ، « وإذا كان المشرع يقرر الامتياز على منقولات غير مملوكة بشروط خاصة . فهى ليست شروط قاعدة الحيازة ، لأن حيازة المنقول محل الامتياز لا تكون للمؤجر أو صاحب الفندق بل للمستأجر أو النزيل . كما أن هذه الحيازة لا تستند إلى سبب صحيح » (منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٥ ص ٤٤٢ - ص ٤٤٣ - وقرب عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٧٥ دمش ١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٣ ص ٦٨٢) . وإذا صح أن المصدر المباشر لحق الامتياز هو النص ، فإن النص فيما نحن بصدده إنما هو تطبيق لقاعدة الحيازة . إذ الأصل أن الامتياز لا يستلزم إلا على منقول مملوك للمدين ، فأثبت النص هنا على منقول غير مملوك للمدين ، وراعى فى ذلك توافر شروط قاعدة الحيازة . أما السبب الصحيح فوجود ، إذ أن امتياز المؤجر أو صاحب الفندق إنما يقوم على رهن ضمنى ، فإذا وقع هذا الرهن الضمنى على منقول غير مملوك للمدين اعتبر ، سبباً صحيحاً .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٧ .

أو المودعة في المخازن عن طريق تسليم سنداتها (١) . كذلك لا تعتبر حيازة المشتري للمنقول المبيع حيازة حقيقية ، إذا هو تركه في يد البائع يحوزه نيابة عنه (*constitut possessoire*) . ويعتبر حيازة حقيقية تسلم الحائز مفاتيح الصندوق الذي أودع فيه المنقول ، بحيث يستطيع الاستيلاء عليه في أي وقت شاء (٢) . وكون الحيازة حيازة حقيقية من مسائل الواقع ، يستقل بتقديرها قاضي الموضوع (٣) .

ويجب أن تكون الحيازة حيازة أصيلة (*animo domini*) لا حيازة عرضية (*précaire*) ، فيجب أن يحوز الحائز لحساب نفسه لا لحساب الغير ، وبنية التملك أو بنية كسب الحق العيني محل الحيازة . ويفترض في الحيازة أن تكون حيازة أصيلة لا حيازة عرضية ، وعلى مدعى الاستحقاق أن يثبت العكس ، فيثبت أن الحائز لا يحوز لحساب نفسه بل لحساب غيره . فإذا أثبت

(١) أنظر عكس ذلك منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٥ ص ٤٤١ - حسن كيرة ص ١١٥ .

(٢) لوران ٣٢ فقرة ٥٥٥ - جيوار فقرة ٨٦١ - فقرة ٨٦٢ - ترولون فقرة ١٠٦٢ - فقرة ١٠٦٣ - بودري وتيسيه فقرة ٨٤٩ ص ٦٧٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٦ ص ٣٧٣ - شفيق شحاته فقرة ٢١٥ - ومع ذلك قضت محكمة النقض بأن الحيازة لا تعتبر سنداً للملك في المنقول إلا إذا كانت فعلية بنية التملك ، بريئة من شائبة الغموض واللبس . وهي لا تكون فعلية إلا إذا ترتب عليها وجود الشيء المحوز في مكنة الحائز وتحت تصرفه ، ولا تكون بنية التملك إلا إذا كان الحائز أصلاً يحوز لنفسه لا لغيره ، ولا تكون بريئة من اللبس والغموض إلا حيث تخلص ليد واحدة لا تخالطها سواها مخالطة تثير الشك في انفرادها بالتسلط على الشيء والتصرف فيه . ومفتاح الخزانة يشبه تذكرة النقل ، من حيث إن كلاهما يجعل حامله حائزاً حيازة رمزية لمنقول ليس في يده فعلاً . وتشابه الحالتين يجعل قياس إحدى الحالتين على الأخرى قياساً سليماً لا يقدح فيه اختلافهما في وجوه أخرى ، إذ ليس شرطاً لصحة القياس أن يتفق المقيس والمقيس عليه من جميع الوجود (نقض مدني ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٢٨ ص ٤٤) . وانظر في معنى هذا الحكم : محمد علي عرفة ٢ فقرة ١١٦ ص ٢١١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٥ ص ٦٨٣ .

كذلك يعتد بالحيازة الحكيمة فتنقل الملكية ، كما إذا اشترى مستأجر المنقول هذا المنقول من المؤجر غير المالك ، وبقي المستأجر واطعاً يده على المنقول ولكن على اعتبار أنه مشتر لامستأجر (عبد الفتاح عبد الباقي رسالته في دور الحيازة في المنقول ص ٢٠٢ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥٤٣ ص ٥٨٩ هامش ١) .

(٣) بودري وتيسيه فقرة ٨٤٩ ص ٦٧٧ .

مثلاً أن الحائز إنما يحوز المنقول على سبيل الوديعة أو العارية أو الإيجار أو الوكالة ، فقد أثبت أن الحيازة حيازة عرضية ليس من شأنها أن تكسب الحائز العرضي الملكية أو الحق العيني (١) .

ويجب أخيراً أن تكون الحيازة خالية من العيوب ، أى أن تكون حيازة غير متقطعة وغير مصحوبة بإكراه وغير خفية وغير غامضة . ولما كان شرط تملك المنقول بالحيازة أن يكون الحائز حسن النية ، فإن حسن النية يتنافى مع أن تكون الحيازة مصحوبة بإكراه أو أن تكون خفية . وكذلك لا يتصور أن تكون الحيازة متقطعة ، فإن مجرد الحيازة الحقيقية هنا ولو لحظة واحدة يكفي لكسب الملكية أو الحق العيني . فليس هناك متسع من الوقت لتقطع الحيازة . بقى عيب الغموض ، والغالب أن إثبات نية التملك ينفي أن تكون الحيازة غامضة . وعلى ذلك إذا أثبت الحائز أن حيازته حيازة حقيقية مقترنة بنية التملك ، فيغلب أن يتضمن ذلك إثبات أن الحيازة خالية من العيوب (٢) .

٤٤٤ - الشرط الثالث - السبب الصحيح : لا يعتبر السبب الصحيح

في القانون الفرنسي شرطاً لتمكن المنقول بالحيازة ، أو في القليل لا يعتبر شرطاً مستقلاً عن شرط حسن النية بل هو يندمج في هذا الشرط الأخير . ذلك بأن الحائز حسن النية إنما يعتمد عادة في حسن نيته على اعتقاده أنه تلقى ملكية المنقول من المالك بتصرف قانوني من شأنه أن ينقل إليه الملكية ، وهذا التصرف القانوني هو السبب الصحيح . فهو إذن عنصر من عناصر حسن النية وليس بشرط مستقل (٣) ، وينبني على ذلك أن التصرف القانوني الباطل والتصرف القانوني الظني ، وكل منهما ليس له وجود قانوني ، يصلحان لأن يستند إليهما الحائز في حسن نيته متى اعتقد أن الملكية قد انتقلت إليه بأى منهما (٤) . أما إذا

(١) نقض مدني ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٢٨ ص ٤٤ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨١ ص ٣٨٠ - مازو فقرة ١٥٣١ - وقارن

مارتي ورينو فقرة ٣٩٣ ص ٣٨٤ .

(٣) ومع ذلك أنظر في وجوب اشتراط السبب الصحيح في القانون الفرنسي عبد

الفتاح عبد الباقي رسالته في دور الحيازة في المنقول ص ٢٥٤ ص ٢٨٩ .

(٤) بودري وتيسيه فقرة ٨٧٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٢ - مازو

فقرة ١٥٣٦ (فيما يتعلق بالسند الباطل بطلاناً مطلقاً لمخالفته للقانون أو للأداب) .

كان التصرف القانوني قابلاً للإبطال وعلم الحائز بذلك ، فإن هذا العلم لا ينفي حسن نيته (١) . وقد استبعد السبب الصحيح شرطاً مستقلاً في القانون الفرنسي على النحو الذي قدمناه إذ لم يرد له أى ذكر في المادة ٢٢٧٩ / ١ مدنى فرنسى ، فهذا النص يقتصر على القول بأن الحيازة في المنقول سند الملكية En fait (de meubles, la possession vaut titre) . فلم يذكر النص لا السبب الصحيح ، ولا حسن النية . ولكن شرط حسن النية قد ورد في نص آخر هو المادة ١١٤١ مدنى فرنسى ، ويعتبر هذا النص تطبيقاً للقاعدة : ومن ثم استعير منه شرط حسن النية وكمل به نص المادة ٢٢٧٩ / ١ . أما شرط السبب الصحيح فلم يرد ذكره ، لافى المادة ٢٢٧٩ / ١ كما قدمنا ، ولافى أى نص آخر . وهذا بخلاف التقادم المكسب القصير في العقار ، فقد نصت المادة ٢٢٦ مدنى فرنسى صراحة على أن يشترط فيه وجود السبب الصحيح .

ويختلف التقنين المدنى المصرى عن التقنين المدنى الفرنسى اختلافاً واضحاً في هذا الشأن . فقد اشترطت المادة ٩٧٦ مدنى مصرى صراحة وجود السبب الصحيح لتملك المنقول بالحيازة ، فقد رأيناها (٢) تقول : « ١ - من حاز بسبب صحيح ... ٢ / فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح ... ٣ - والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح ... » (٣) وعلى ذلك يكون السبب الصحيح ، في القانون المصرى ، شرطاً قائماً بذاته ومستقلاً عن شرط حسن النية لتملك المنقول بالحيازة .

وقد بحثنا السبب الصحيح كشرط مستقل من شروط التقادم المكسب

(١) ولكن يستطيع المالك الحقيقى أن يسعمل دعوى من تصرف في المنقول للحائز ، إذا كان هذا الأخير مديناً له بسبب انتزاعه الحيازة منه ، فبطلب إبطال التصرف . فبرد الحائز المنقول للمتصرف ، فيسترده من المتصرف المالك الحقيقى . على أن المالك الحقيقى قد لا ينجح في هذه الدعوى غير المباشرة . ويتحقق ذلك إذا زال سبب الإبطال بالإجازة منلاً أو بالتقادم ، أو إذا دفع الحائز الدعوى بدفع من الدفوع التى كان المتصرف يستطيع أن يدفع بها . وحتى إذا نجح المالك الحقيقى في الدعوى غير المباشرة ، فإن سائر دائئى المتصرف يزاحمونه طبقاً للقواعد المقررة في الدعوى غير المباشرة (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٢ ص ٣٨٢) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥

(٣) أنظر أيضاً في التقنين المدنى السابق المواد ٦٨/٤٦ و ٧٣٣/٦٠٧ و ٧٣٤/٦٠٨ آنفاً

التصرف في العقار، وما قلناه هناك (١) ينطبق هنا. فالسبب الصحيح هو تصرف قانوني (acte juridique) ناقل للملكية (٢)، ولكنه مع ذلك لم ينقلها للحائز لأنه صادر من غير مالك، وكان ينقلها لو أنه صدر من المالك (٣). ولا يقتصر السبب الصحيح على التصرف الناقل للملكية، فكل تصرف ناقل أو منشئ لحق عيني منقول آخر قابل لأن يكسب بالحيازة، كحق الانتفاع في المنقول وحق رهن الحيازة في المنقول، إذا صدر من غير صاحب هذا الحق، يعتبر هو أيضاً سبباً صحيحاً. وإذا كان التصرف القانوني الصادر من المتصرف إلى الحائز يجب أن يكون «سبباً صحيحاً» على النحو السالف الذكر، فإن سند المتصرف نفسه الذي استند إليه في تصرفه للحائز لا يعتد به. فقد يكون هذا المتصرف ليس عنده سبب صحيح ولكنه حسن النية يعتقد أنه يملك المنقول الذي يتصرف فيه، وقد يكون حائراً عرضياً كمتأجر أو مستعير أو مودع عنده أو وكيل وقد باع المنقول للحائز فيكون سيء النية. فيستوى إذن أن يكون المتصرف حسن النية أو سيء النية، ويستوى أن يكون حائراً أصيلاً أو حائراً عرضياً أو غير حائز أصلاً، والمهم فيه أن يكون غير مالك للمنقول أو غير صاحب الحق العيني المنقول الذي تصرف فيه للحائز. وقد رأينا فيما تقدم (٤) ما يعتبر سبباً صحيحاً وما لا يعتبر. فيعتبر سبباً صحيحاً بوجه خاص البيع والمقايضة والهبة والوصية بمنقول معين بالذات ورسو مزاد المنقول المحجوز عليه (٥) والوفاء بمقابل وتقديم الشريك منقولاً حصّة له في الشركة، ولا يعتبر

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٠ وما بعدها.

(٢) أما الميراث فليس بتصرف قانوني بل هو واقعة مادية، ومن ثم لا يصلح سبباً صحيحاً (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠١).

(٣) استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٨ - ٢١ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٦٤ - ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢ - أول مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٧٧.

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٢١ - فقرة ٤٢٢.

(٥) وقد قضى بأن من رسا عليه مزاد المحصول المحجوز عليه، وتسلمه بعد فصله من الأرض، له أن يتمسك بقاعدة تملك المنقول بالحيازة ضد المشتري الذي باع له المدين هذا المحصول (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٠). وأنظر أيضاً استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٣٠ - نبي سوييف الكلية ١٧ أغسطس سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٩٩ ص ٢٦٥ - قنا الجزئية ١٦ يناير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٥٩ ص ١٢٢.

سبباً صحيحاً بوجه خاص الميراث والفقود التي ليس من شأنها أن تنقل الملكية (كالإيجار والعارية والوديعة والوكالة) والتصرفات الكاشفة عن الملكية (كالقسمة الاختيارية والصلح) والحكم القضائي . وقدّمنا (١) أن التصرف القانوني الباطل من ناحية الشكل أو من ناحية الموضوع ليس له وجود قانوني ، فلا يعتبر سبباً صحيحاً . وكذلك لا يعتبر سبباً صحيحاً التصرف القانوني الظني ، لأنه هو أيضاً ليس له وجود قانوني (٢) . أما التصرف القانوني القابل للإبطال فانه يصلح أن يكون سبباً صحيحاً ، لأنه كان ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك (٣) . وكذلك يصلح أن يكون سبباً صحيحاً التصرف القانوني المعلق على شرط فاسخ ، كما يصلح أن يكون سبباً صحيحاً التصرف القانوني المعلق على شرط واقف ولكن من وقت تحقق الشرط (٤) .

ولكن السبب الصحيح في تملك المنقول بالحيازة يختلف عن السبب الصحيح في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير في أمرين : (١) لا يسجل السبب الصحيح في تملك المنقول بالحيازة لأن التسجيل لا يكون إلا في العقار ، أما السبب الصحيح في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير فيجب تسجيله كما أسلفنا القول (٥) . (٢) في إثبات السبب الصحيح في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير ، قدّمنا (٦) أن السبب الصحيح لا يفترض وجوده ، لذلك كان من الواجب إثباته ، ويقع عبء الإثبات على الحائز الذي يتمسك بالتقادم ، ويثبت طبقاً للقواعد العامة في الإثبات . أما في تملك المنقول بالحيازة ، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٧٦ مدني كما رأينا (٧) على ما يأتي :

« والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ، ما لم يقيم

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٧ - شفيق شحاتة فقرة ٢١٨ ص ٢٢٤ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٥ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٦ - وإذا كان التصرف القانوني معلقاً على شرط وقف ولم يتحقق الشرط ، انعدم التصرف القانوني واعتبر كأن لم يكن ، ومن ثم لا يمكن اعتباره سبباً صحيحاً ، وكذلك يكون الحكم فيما إذا كان التصرف القانوني معلقاً على شرط فاسخ وتحقق الشرط (أنظر آنفاً فقرة ٤٢٦) .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٨ .

(٦) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٩ .

(٧) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥ .

الدليل على عكس ذلك . ونرى من هذا النص أن حائر المنقول لا يكلف إثبات وجود السبب الصحيح ، فجرد حيازته للمنقول يفترض وجود هذا السبب . وإذا نازع المالك الحقيقي للمنقول في وجود السبب الصحيح ، فعليه هو أن يثبت أنه غير موجود ، أو أنه تصرف قانوني باطل أو تصرف قانوني ظني ليس لأى منهما وجود قانوني . ولا يكفي أن يثبت أن التصرف القانوني قابل للإبطال أو معلق على شرط ، فقد قدمنا أن التصرف القانوني في هاتين الحالتين يصلح أن يكون سببا صحيحا .

٤٤٥ - الشرط الرابع - حسن النية : ويشترط أخيرا في الحائر ، حتى يتملك المنقول بالحيازة ، أن يكون حسن النية ، وفي هذا تقول المادة ١/٩٧٦ مدني كما رأينا (١) : « من حاز بسبب صحيح منقولا ... فانه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته » . ومعنى حسن النية هنا هو نفس معناه في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير (٢) : أن يكون الحائر قد اعتقد أنه يتلقى ملكية المنقول من المالك (٣) . فحسن النية إذن غلط يقع فيه الحائر يدفعه إلى الاعتقاد بأن المتصرف هو مالك المنقول ، على أن يكون هذا الغلط مغفرا حتى يستقيم مع حسن النية ، فإذا كان غير مغفرا فانه ينفي حسن النية (٤) . ويستوى أن يكون الغلط في الواقع أو في القانون (٥) . وفي جميع الأحوال يجب أن يكون حسن النية كاملا ، فأى شك يقع في نفس الحائر في أن المتصرف قد لا يكون هو مالك المنقول ينفي حسن النية .

وعلم الحائر بالعيوب التي تشوب سند من تلقى منه الملكية ، وأن هذا السند باطل أو قابل للإبطال أو قابل للفسخ أو معرض للإلغاء بأي وجه من الوجوه ،

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٠ .

(٣) بودري وتيسيه فقرة ٨٧٣ ص ٦٩٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨١ ص ٣٨١ .

(٤) استئناف مختلط ١٨ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٥٦ - ٧ يناير سنة ١٩٣٦

٤٨ ص ٦٩ - شفيق شحاتة فقرة ٢١٧ ص ٢٢٤ .

(٥) بودري وتيسيه فقرة ٨٧٣ .

ينبى حسن النية الواجب توافره عند الحائر (١) . أما العيوب التى تشوب السبب الصحيح نفسه أى التصرف القانونى الصادر للحائر ، فمنها عيب لا بد للحائر من أن يجهله ، وهو أن يكون التصرف صادرا من غير المالك . إذ لا بد أن يعتقد الحائر أن التصرف صادر من المالك ، حتى يكون حسن النية كما أسلفنا . بقيت العيوب الأخرى التى تشوب السبب الصحيح ، ومن هذه ما يجعل التصرف القانونى غير صالح لأن يكون سببا صحيحا كالتصرف الباطل والتصرف الظنى ، ومواء علم بها الحائر أو لم يعلم فان السبب الصحيح غير موجود ، فلا محل إذن للبحث فيما إذا كان العلم بها ينبى حسن النية أو لا ينفيه إذ فى الحالتين لا يستطيع الحائر أن يملك المنقول بالحيازة لانعدام السبب الصحيح . فاذا كان العيب الذى يشوب السبب الصحيح لا يمنع من صلاحيته لأن يكون سببا صحيحا ، وذلك كأن يكون التصرف قابلا للإبطال لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الرضاء أو قابلا للفسخ أو معلقا على شرط واقف أو معلقا على شرط فاسخ ، فعلم الحائر بمثل هذه العيوب لا ينبى حسن نيته . ذلك لأن حسن النية هو ، كما قدمنا ، ليس الجهل بجميع عيوب السبب الصحيح ، بل الجهل بعيب واحد منها فقط هو أن التصرف صادر من غير المالك . أما وقد جهل الحائر هذا العيب ، فهو حسن النية ، سواء كان لا يعلم بالعيوب الأخرى أو كان يعلم بها (٢) .

أما الوقت الذى يجب أن يتوافر فيه حسن النية ، فقد نصت المادة ١/٩٧٦ مدنى كما رأينا (٣) فى هذا الصدد على أن « من حاز بسبب صحيح منقولاً... فانه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته » . فالعبرة إذن ، فى توافر حسن النية فى تملك المنقول بالحيازة ، بوقت حيازة المنقول ، لا بوقت

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٣١ .

(٢) أنظر فى كل ذلك آنفاً فقرة ٤٣٢ - وانظر بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٣ ص ٦٩٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨١ ص ٣٨١ - وانظر حكماً لمحكمة النقض أفسحت فيه المحكمة مجالا لقاعدة تملك المنقول بالحيازة فى حين أن السند صادر من ناظر الوقف مجاوزاً فيه الحدود التى عينها له القاضى الشرعى : نقض مدنى ٤ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة المكاتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٦ رقم ٢ . ولا نرى فى هذه الحالة محلاً لإثارة قاعدة تملك المنقول بالحيازة ، لأن هذه القاعدة تفترض أن السند قد صدر من غير مالك ، وإنما يجب تطبيق القواعد العامة .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥ .

تلقى الحق كما هو الأمر في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير (١). وعلى ذلك إذا كان الحائز حسن النية وقت تلقى الحق ، ولكنه أصبح سيء النية عند بدء الحيازة ، فإنه لا يعتبر حسن النية ولا يملك المنقول بالحيازة (٢). ولما كان يصعب أن نتصور الفرض العكسي ، وهو أن يكون الحائز سيء النية وقت تلقى الحق ثم يصبح حسن النية وقت الحيازة (٣) ، فإن الذي يقع عملاً هو أن يكون الحائز حسن النية من وقت تلقى الحق إلى وقت بدء الحيازة (٤). ذلك لأن الحائز إنما يملك المنقول بمجرد الحيازة ، ولا يشترط أن تدوم الحيازة وقتاً ما ، ومن ثم تشدد القانون في تحديد الوقت الذي يجب أن يتوافر فيه حسن النية فجعله وقت بدء الحيازة ، حتى يشمل وقت تلقى الحق ووقت بدء الحيازة معاً . أما في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير ، فإن الحائز يجب أن يستمر في حيازته خمس سنوات حتى يملك العقار ، فاقصر القانون في الوقت الذي

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٣ .

(٢) وقد قضى بأنه يشترط أن يكون المشتري حسن النية في الوقت الذي يحوز فيه المنقول بالفعل ، لا وقت الشراء ، لأن سند ملكية المشتري ليس هو الشراء بل هي الحيازة ، فيجب توافر حسن النية عند بدء الحيازة (استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٩) - وإذا كان الحائز حسن النية وقت بدء الحيازة ، تملك المنقول ، ولا يهم أن يصبح سيء النية بعد ذلك . فإذا علم بعد لحظة واحدة من حيازته للمنقول أن المتصرف غير مالك له ، فإن هذا العلم لا يؤثر في ملكيته للمنقول بعد أن تملكه بالحيازة (بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٤ ص ٦٩٧) . وانظر عكس ذلك وأن الحائز يعتبر سيء النية ويكون مسئولاً جنائياً في حكاين من محكمة النقض الفرنسية الدائرة الجنائية (١٨ يونيو سنة ١٩٣٦ سيريه ١٩٣٧ - ١ - ١٩٣ - ٧ يولية سنة ١٩٤٤ Sem. Jur. الأسبوع القضائي ١٩٤٧ II ٣٤١٠) ، وانظر نقداً لهذين الحكمين الشاذين في مازو فقرة ١٥٣٥ ، وانظر أيضاً مارتى ورينو فقرة ٣٩٤ ص ٣٨٥ .

(٣) قارن شفيق شحاتة فقرة ٢١٨ ص ٢٢٥ .

(٤) وفي فرنسا حيث لا يوجد نص صريح في تحديد الوقت الذي يجب توافر حسن النية فيه قام خلاف في الرأي ما بين وقت تلقى الحق ووقت بدء الحيازة . أنظر في هذا الخلاف بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٤ . وانظر في أن الوقت الذي يعتديه هو وقت بدء الحيازة : بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨١ ص ٣٨٠ - ٣٨١ - نقض فرنسي ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ داللو ١٩٢٧ - ١ - ١٧٢ - وانظر في أن يكون الحائز حسن النية في وقت تلقى الحق وفي وقت بدء الحيازة بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٤ ص ٦٩٧ - مارتى ورينو فقرة ٣٩٤ ص ٣٨٥ -

نقض فرنسي ٧ يناير سنة ١٩٥٣ Bull. civ. III ٨ .

يجب أن يتوافر فيه حسن النية على وقت تلقى الحق . وينبغي على ما قدمناه أن الموصى له بمنقول ، إذا كانت الوصية صادرة من غير المالك ، يجب حتى يملك المنقول بالحيازة أن يكون حسن النية وقت تسلمه المنقول الموصى به ، ولا يكفي حسن نيته وقت موت الموصى ، بل ولا وقت قبول الوصية . وإذا حدث أن المنقول كان في حيازة الحائز قبل صدور السبب الصحيح ، كأن تسلمه بعقد إيجار ثم اشتراه من المؤجر وكان هذا لا يملك المنقول ، أو تسلمه بتصرف قانوني معلق على شرط واقف ثم تحقق الشرط ، وجب أن يتوافر حسن النية وقت الحيازة ، ولكن لا في وقت بدايتها ، بل في الوقت الذي اشترى فيه الحائز المنقول أو في الوقت الذي تحقق فيه الشرط الواقف .

وحسن النية يفترض دائماً ، ما لم يتم الدليل على العكس (م ٩٦٥ مدني) . وقد طبقت المادة ٣/٩٧٦ مدني هذا المبدأ تطبيقاً خاصاً في تملك المنقول بالحيازة ، فنصت كما رأينا (١) على ما يأتي : « والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ، ما لم يتم الدليل على عكس ذلك » . وعلى ذلك لا يكلف حائز المنقول أن يثبت إلا الحيازة وحدها (٢) ، فإذا ما أثبتنا افتراض القانون أن هذه الحيازة مقترنة بحسن النية ومصحوبة بالسبب الصحيح (٣) . ويستوى أن يكون الغلط الذي وقع فيه الحائز من أن المتصرف في المنقول هو المالك له غلطاً في الواقع أو غلطاً في القانون ، نفي الحالتين يفترض في الحائز أنه حسن النية حتى يقيم المالك الحقيقي للمنقول الدليل على العكس (٤) . فإذا ادعى هذا المالك أن الحائز سيء النية وأنه كان يعلم وقت بدء الحيازة أن المتصرف غير مالك ، فعلى المالك يقع عبء إثبات ذلك . وله أن يثبت سوء نية الحائز بجميع

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥ .

(٢) استئناف وطني ٣ مايو سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٨٧ ص ٢٧٠ - استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٤٤ - ٢٠ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٠٤ - ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢١٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٧ ص ٦٨٨ .

(٣) نقض مدني ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٦ رقم ٤ ورقم ٥ - استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٠ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٤ .

طرق الإثبات لأن سوء النية واقعة مادية فيجوز اثباتها بالبينة والقرائن (١) .
وكثيرا ما يلجأ المالك ، في إثبات سوء نية الحائر ، إلى إثبات أن الحائر لم يتخذ
الاحتياطات البديهية التي تملحها الظروف الملازمة للتثبت من ملكية المتصرف
للمنقول . ويتخذ من ذلك قرينة على أن الحائر كان يعلم ، أو كان ينبغي أن
يعلم ، أن المتصرف غير مالك للمنقول ، وأن الغلط الذي وقع فيه في هذا
الشأن كان غلطا غير مغتفر ، مما ينتنى معه حسن النية (٢) .

ب - الآثار التي تترتب على تطبيق القاعدة

٤٤٦ - الأثر المكسب والأثر المسقط : إذا توافرت الشروط الأربعة

التي بسطناها فيما تقدم ، فإن الحائر للمنقول أو للحق العيني المنقول يصبح مالكا
للمنقول أو صاحبا للحق العيني ، وهذا هو الأثر المكسب للقاعدة . وإذا كان
المنقول مثقلا بتكاليف أو قيود عينية ، كرهن حيازة أو حق انتفاع ، ووضع
الحائر يده على المنقول باعتباره خاليا من هذه التكاليف والقيود ، فإنه يملك
المنقول خالصا منها ، إذ هي تسقط أيضا بالحيازة ، وهذا هو الأثر المسقط
للقاعدة .

٤٤٧ - الأثر المكسب : وقد رأينا فيما تقدم أن الحائر للمنقول بسبب

صحيح وبحسن نيته ، يكسب ملكيته بمجرد الحيازة ومن ثم كانت الحيازة
وحدها سببا من أسباب كسب ملكية المنقول ، ولم يكسب الحائر الملكية بالسبب
الصحيح لأنه صادر من غير مالك ، وإنما كسبها بالحيازة المصحوبة بالسبب
الصحيح والمقترنة بحسن النية .

وهذا هو الحكم أيضا فيما إذا وضع الحائر يده على حق عيني في منقول ،
كحق انتفاع أرض رهن حيازة . فالحائر يكسب حق الانتفاع أو حق رهن
الحيازة ، لا بالسبب الصحيح لأنه صادر ممن لا يملك ترتيب هذا الحق ، بل
بالحيازة المصحوبة بالسبب الصحيح والمقترنة بحسن النية .

(١) استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٩٣ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٨

م ٢١ ص ١٠٦ - ١٢ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٩٣ - ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢
ص ٥١٠ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٣ ص ٦٩٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨١ -

كاربونيه ص ٢٥٥ .

فاذا رفع المالك الحقيقي للمنقول دعوى استحقاق يطالب بموجبها الحائز ببرد المنقول إليه ، كان للحائز أن يدفع دعوى الاستحقاق هذه بأنه تملك المنقول بالحيازة ، أو تملك بها حق الانتفاع أو حق رهن الحيازة . فلا يستطيع المالك أن يسترد المنقول أصلا من الحائز ، أو لا يستطيع أن يسترده إلا مثقلا بحق الانتفاع أو بحق رهن الحيازة لمصلحة الحائز (١) . وهذا بخلاف ما إذا كانت شروط القاعدة لم تتوافر ، فان المالك الحقيقي في هذه الحالة يستطيع أن يسترد المنقول من تحت يد الحائز غير مثقل بأى حق عيني ، وذلك بموجب دعوى الاستحقاق . ولا يستطيع الحائز أن يرد هذه الدعوى إلا إذا تملك المنقول أو الحق العيني بالتقادم المكسب الطويل ، أى بعد حيازة تدوم خمس عشرة سنة . وفقا للقاعدة المقررة في هذا التقادم (٢) .

ويستطيع الحائز الذى تملك المنقول بالحيازة وفقا للقواعد التى بسطناها فيما تقدم ، ليس فحسب دفع دعوى الاستحقاق التى يرفعها عليه المالك الحقيقي ، بل أيضا دفع دعوى الإبطال أو الفسخ التى يرفعها عليه شخص باع مثلا المنقول لشخص آخر بعقد قابل للإبطال أو للفسخ ، واشترى الحائز هذا المنقول من المشتري ، ثم أبطل البائع الأول البيع أو فسخه ، وطالب الحائز ببرد المنقول المبيع مستندا إلى الأثر الرجعى للإبطال أو الفسخ . ذلك لأن البائع الأول ، لما أبطل البيع أو فسخه ، جعل المشتري منه غير مالك للمنقول ، ويكون البيع الصادر من هذا الأخير للحائز صادرا من غير مالك . فتتوافر في الحائز ، إذا كان حسن النية لا يعلم بسبب الإبطال أو الفسخ ، شروط تملك المنقول بالحيازة . ومن ثم يستطيع أن يرد دعوى البائع الأول ، فان هذه الدعوى ليست في الواقع من الأمر ، بعد الإبطال أو الفسخ ، إلا دعوى استحقاق يجوز للحائز ردها إذا أنه تملك المنقول بالحيازة (٣) .

وعلى العكس من ذلك ، لا يحول تملك الحائز للمنقول بالحيازة دون الدعاوى الشخصية الناشئة من عيوب السبب الصحيح . فاذا كان السبب الصحيح أى التصرف القانونى الذى تلقى به الحائز الحيازة من غير المالك ، قابلا للإبطال .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٩ . بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٤ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٤ .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٩ .

أو للفسخ ، فإن غير المالك الذى تصرف فى المنقول للحائز يستطيع أن يرفع هذه الدعاوى الشخصية على الحائز . وإذا كان المالك الحقيقى دائئنا لمن تصرف فى المنقول بسبب أن هذا الأخير قد انتزع منه الحيازة أو تصرف فى منقول لا يملكه ، فإن المالك الحقيقى يستطيع أن يرفع دعوى الإبطال أو دعوى الفسخ باسم مدينه ، فيسترد المنقول لهذا المدين ، ثم يسترده منه بدوره بدعوى استحقاق يرفعها عليه (١) .

٤٤٨ - الأساس القانونى الذى يقوم عليه الرئس المكسب - نظرية

التقادم الفورى : بقى أن نعرف على أى أساس قانونى يقوم تملك الحائز للمنقول .

هناك نظرية قديمة تذهب إلى أن الحائز يملك المنقول بالتقادم ، ولما كان الحائز ليس فى حاجة حتى يملك المنقول إلى أن تدوم الحيازة وقتا ما ، فإن التقادم هنا يكون تقادما فوريا (prescription instantanée) لا يحتاج إلى مرور الزمن . والقائلون بهذه النظرية من الفقهاء الفرنسيين (٢) تأثروا كثيرا بالمكان الذى وردت فيه المادة ٢٢٧٩ فى التقنين المدنى الفرنسى . فقد ورد هذا النص ضمن النصوص التى عرضت للتقادم وفى الفصل ذاته الذى أورد مدد التقادم ، متدرجا من التقادم الطويل ومدته ثلاثون سنة ، إلى التقادم المكسب القصير ومدته من عشر إلى عشرين سنة ، إلى أنواع أخرى من التقادم تتفاوت مددها من خمس سنوات إلى ستة أشهر ، حتى وصل إلى المادة ٢٢٧٩ . وفيها التقادم لا تدوم مدته إلا لحظة واحدة . ويقول هؤلاء الفقهاء إن هذا يتفق مع التطور التاريخى الذى مرت به قاعدة تملك المنقول بالحيازة . فقد كان المنقول فى القانون الرومانى تكسب ملكيته بالتقادم كالعقار ، وانتقلت هذه القاعدة من القانون الرومانى إلى القانون الفرنسى القديم فى بعض عهوده . واقتضى استقرار التعامل فى المنقول إنقاص مدة التقادم فيه شيئا فشيئا ، ثم انتهى الأمر إلى إلغاء المدة بناتا . ولم تتغير طبيعة نظام تملك المنقول بإلغاء المدة ، فلا يزال المنقول يملكه الحائز بالتقادم وإن أصبحت مدته لحظة واحدة . ولا يزال الحائز

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٠ .

(٢) ديمولومب ٩ فقرة ٦٢٢ - ماركاديه المادة ٢٢٧٩ فقرة ١ - Léger فى النظرية

العامة فى التقادم المسقط رسالة سنة ١٨٩٧ ص ٣٢٥ وما بعدها .

كما هو الأمر في كل تقادم مكسب ، يكسب ملكية ، الشيء وبمجرد المالك الحقيقي منها لا اعتبارات تتعلق باستقرار التعامل .

وهذه النظرية بادية الضعف ، ولم يعد يقول بها أحد من الفقهاء المحدثين . ذلك أن التقادم معناه مرور الزمن ، والتقادم بغير مرور الزمن لا يكون تقادماً ، وعبارة « التقادم الفوري » عبارة ينقض بعضها بعضاً إذ أن التقادم ينشأ الفورية . والقول بأن الحيازة هنا تدوم لحظة واحدة فيتحقق التقادم قول لا يقوم على أساس ، إذ أن التقادم يقتضي مرور الزمن ، ومرار الزمن لا يتحقق إلا إذا دامت الحيازة وقتاً ما ولو كان قصيراً . فأن تدوم الحيازة لحظة واحدة ويقال إن هذا هو مرور الزمن ، فتى إذن تقوم حيازة دون أن يصحبها مرور الزمن ! وأما المكان الذى اختاره التقنين المدنى الفرنسى لتملك المنقول بالحيازة بين النصوص المتعلقة بالتقادم ، فلا يفيد حتماً أن تملك المنقول بالحيازة يقوم على أساس التقادم . فقد يورد المشرع نصاً يقوم على أساس معين ، ثم يورد إلى جانبه نصاً يقوم على أساس مناقض للأساس الأول ، ويكون الجامع بين النصين جامع الضدية لا جامع التماثل . ومنذ كان المنقول ، فى القانون الرومانى وفى بعض عهود القانون الفرنسى القديم ، يملك بحيازة تدوم وقتاً معيناً ، كان تملكه يقوم على أساس التقادم حقاً ، واستمر يقوم على أساس التقادم حتى بعد إنقاص المدة شيئاً فشيئاً ما دامت هناك مدة ما . فلما ألغيت المدة بتاتا ، لم يعد يجوز القول إن تملك المنقول يقوم على أساس التقادم ، وإنما هو يقوم على أساس الحيازة وحدها مجردة من أية مدة للتقادم . وهذا ما قاله Bourjon نفسه ، وهو الفقيه الذى نقل عنه التقنين المدنى الفرنسى نص المادة ١/٢٢٧٩ ، إذ يقرر فى هذا الصدد : « إن التقادم ليس له أى اعتبار فى شأن المنقول ، إذ أن الحيازة وحدها بالنسبة إلى هذا النوع من المال تنتج كل آثار سند التملك المتكامل » (١) .

٤٤٩ - نظرية القرينة القانونية غير القابلة للاستدلال العكس :

وأبرز القائلين بهذه النظرية أو يرى ورو وبارتان (٢) ، فهم يقولون إن الحيازة بذاتها

(١) أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٣٨٦ .

(٢) وانظر أيضاً بلانيول الطبعة الثانية فقرة ١١٤٦ - جيوار ٢ فقرة ٨١٨ - فقرة

٨١٩ - هيك ١٤ فقرة ٥٠٥ .

تنشئ على الفور لمصلحة حائز المنقول قرينة على ملكيته للمنتقل . وهي قرينة مطلقة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس ، ويستطيع الحائز بواسطتها أن يرد دعوى الاستحقاق التي ترفع عليه من المالك السابق للمنتقل (١) . فالحيازة إذن ، في هذه النظرية ، لا تكسب بذاتها الملكية للحائز ، ولكنها تفترض أن الحائز يملك المنقول ملكية موجودة من قبل ، وليست الحيازة إلا قرينة على وجودها . وهذه القرينة لا يقبل من مدعى الاستحقاق دحضها بإثبات العكس وأنه هو لا الحائز الذي يملك المنقول (٢) ، فيقف مدعى الاستحقاق أمام هذه القرينة القاطعة عاجزا لا يستطيع إثبات عكسها ، ومن ثم يخسر دعوى الاستحقاق ، ويحكم عليه برفضها ، ويقضى للحائز بالملكية .

وضعف هذه النظرية ، في رأينا ، أننا لو أخذنا بأن الحيازة في المنقول قرينة قاطعة على ملكية الحائز ، فإن من المسلم به في القرائن القاطعة أن من وجدت هذه القرينة القاطعة في مصلحته له أن ينزل عنها بالإقرار أو بالنكول عن اليمين ، فكل القرائن القاطعة قابلة للنقض بالإقرار أو اليمين . ولم يقل أحد إن لحائز المنقول أن ينزل عما رتبته الحيازة في مصلحته من كسب ملك المنقول ، بأن يقر أن مدعى الاستحقاق كان هو المالك الحقيقي وأنه إنما تلقى المنقول من غير المالك وهو يعتقد أنه المالك ، أو بأن ينكل عن اليمين التي توجه إليه في هذا الشأن . فملكية الحائز للمنتقل ملكية بآنة مستقرة ، لا تقبل النقض لا بالإقرار ولا باليمين . وهناك فرق بين القرينة القاطعة والقاعدة الموضوعية ، فالقرينة القاطعة هي قاعدة إثبات لا قاعدة موضوعية ، وإذا كانت لا تقبل إثبات العكس فإنه يجوز دائما نقضها بالإقرار أو اليمين . أما القاعدة الموضوعية فلا يجوز نقضها حتى بالإقرار أو اليمين ، وهي إذا كانت تبني كالقرينة القانونية على الكثرة الغالبة من الأحوال ، إلا أن عامل الراجح الغالب الوقوع

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٤٤ - ص ١٤٧ وتعليق بارتان في ص ١٤٦

هامش ٣ .

(٢) ومع ذلك فهناك أحكام قديمة لمحكمة الاستئناف المختلطة تقضي بأن القرينة قابلة لإثبات العكس بجميع طرق الإثبات ، حتى بالقرائن المضادة (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٦١ - ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٠ - ١٢ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٩٣) .

فيها يختفى وراءها فتستغرقه ، ويكون منها بمثابة العلة من المعلوم . فتمت تقرر القاعدة الموضوعية توارت العلة خلفها ولم يعد لها بعد ذلك مجال للظهور ، ومن ثم لا تجوز معارضة القاعدة الموضوعية بعلة فقد اختفت هذه العلة واستغرقتها القاعدة ، وهذا هو المعنى المقصود من أن القاعدة الموضوعية لا يجوز نقضها حتى بالإقرار أو اليمين (١) . وقاعدة تملك المنقول بالحيازة قاعدة موضوعية لا قرينة قانونية قاطعة ، إذ هي كما قدمنا لا يمكن نقضها بالإقرار أو اليمين (٢) .

صحيح أن الحيازة في المنقول قد تقوم قرينة قانونية على ملكية الحائز ، ولكن ليس ذلك في الحيازة باعتبارها سببا لكسب الملكية حين يتلقى الحائز المنقول من غير المالك ويرفع عليه المالك السابق دعوى الاستحقاق وهو الأمر الذي تبحثه هنا (٣) ، بل في الحيازة باعتبارها طريقا للإثبات حين يتلقى الحائز المنقول من المالك ويقع النزاع بينهما فيمن هو المالك . وعند ذلك تكون الحيازة قرينة قانونية ، ولكنها مع ذلك لا تكون قرينة قانونية قاطعة ، بل تقبل إثبات

(١) أنظر الوسيط ٢ فقرة ٣٢٨ - فقرة ٣٢٧ .

(٢) وقد سبق أن قررنا في هذا الصدد ، في الجزء الثاني من الوسيط عند الكلام في الإثبات ، ما يأتي : « فالحيازة في المنقول قاعدة موضوعية إجبارية ، لا قرينة قانونية قاطعة . فقد رأى المشرع أن يحمي حائز المنقول حسن النية بسلح أقوى من سلح القرينة القانونية ولو كانت قاطعة . ومن ثم أصبح من يجوز المنقول وهو حسن النية ، بفضل هذه القاعدة الموضوعية مالكا له . وأصبحت ملكيته ثابتة مستقرة ، لا يزعمها حتى الإقرار أو اليمين . أراد المشرع أن يستقر التعامل في المنقول ، وتلك اعتبارات عليا يستقل بتقديرها ، ويملك زمامها ، فيضع من القواعد ما يراه مناسباً لحماية الأوضاع القانونية المختلفة ، تارة يكتفي بقرينة قانونية غير قاطعة ، وطودا يجعل القرينة القانونية قاطعة ، وأخرى يرتفع من نطاق القرائن وقواعد الإثبات ، ويرى أن الحماية المناسبة هي قاعدة موضوعية لا تقبل النقص بحال من الأحوال . هذا هو التدرج في الحماية ، درجة فوق درجة ، يوتيها المشرع من يشاء كما يشاء ، وهو في كل ذلك يتوخى أن يكون لكل وضع قانوني الحماية التي تناسبه (الوسيط ٢ فقرة ٣٢٧ ص ٦٢٢ - ص ٦٢٣) .

(٣) وكيف يتأتى أن تكون الحيازة قرينة على الملكية في هذه الحالة ، مع أن الثابت أن الحائز قد تلقى المنقول من غير المالك ، وكيف تقوم الحيازة قرينة على أمر قد ثبت عكسه إذ لا يمكن أن يكون الحائز قد تلقى الملكية من غير المالك (أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٣٨٨ ص ٣٨٨) .

العكس ، وللمالك أن يثبت مثلاً أن حيازة الحائز حيازة عرضية أو أن هذه الحيازة لم تتوافر فيها الشروط المطلوبة (١) .

٤٥٠ - نظرية أنه الحيازة وحدها هي التي تكسب حائز المنقول ملكيته

بحكم القانون : والنظرية الثالثة ، وهي النظرية الصحيحة في نظرنا ، تذهب إلى أن الحيازة في المنقول ليست تقادماً كما تقول النظرية الأولى إذ لا يشترط في الحيازة أن تدوم وقتاً ما ، وليست مجرد قرينة ولو قاطعة على سبق وجود الملكية عند الحائز كما تقول النظرية الثانية إذ لو كانت مجرد قرينة لأمكن نقضها بالإقرار أو اليمين . وإنما الحيازة في المنقول هي وحدها ، وبذاتها ، التي تكسب الحائز ملكية المنقول ، فالحيازة تكون على هذا الاعتبار سبباً من أسباب كسب الملكية . والقانون هو الذي جعلها كذلك ، فالحائز إذا تملك المنقول بالحيازة ، فأنما يكون ذلك بحكم القانون . ومن أجل ذلك يجعل القائلون بهذه النظرية تملك المنقول بالحيازة حالة من حالات التملك بحكم القانون (un cas d'acquisition lege) (٢) . وهي تشبه حالة التملك بالاستيلاء (occupation) ، في أن القانون في كل من الحالتين يجعل الحائز يملك فوراً بالحيازة . ولكنها تخالفها في أن تملك المنقول بالحيازة يفترض أن المنقول كان مملوكاً لمالك سابق ، ولذلك تشدد القانون فاشترط أن تكون الحيازة مقترنة بحسن النية (ومصحوبة بالسبب الصحيح في القانون المصري) حتى تنتقل الملكية من المالك السابق إلى الحائز ، في حين أن التملك بالاستيلاء يفترض أن المنقول لم يكن قبل الاستيلاء مملوكاً لأحد فيملكه الحائز ابتداءً ، ولذلك لم يشترط القانون أن تكون الحيازة مقترنة بحسن النية ولا مصحوبة بالسبب الصحيح (٣) .

(١) أنظر في ذلك آنفاً فقرة ٤٣٧ - وانظر في تفنيد نظرية أن الحيازة قرينة قاطعة على الملكية بودرى وتيسيه فقرة ٨٣٣ ص ٦٦٤ .

(٢) ولانرى فرقاً بين القول بأن الحيازة هي ذاتها سبب لكسب ملكة المنقول ، والقول بأن الحائز أصبح مالكا للمنقول بحكم القانون ، إذ القانون هو الذي جعل الحيازة سبباً لكسب ملكية المنقول ، كما جعل العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب مصادر للالتزام . وفي رأينا أن الذين يقولون بأن الحائز أصبح مالكا للمنقول بحكم القانون ، إنما يقصدون القول بأن القانون جعل الحيازة سبباً لكسب ملكية المنقول (قارن مع ذلك مازو فقرة ١٥٤٠) .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨٧ .

وهذه النظرية هي التي أخذ بها التقنين المدني المصري ، كما هو ظاهر من الترتيب الذي اتبعه . فقد عرض لأسباب كسب الملكية في فصل واحد ، قبدأ بالاستيلاء ، وأعقبه بالمراث والوصية والالتصاق والعقد والشفعة ، وختم أسباب كسب الملكية بالحيازة . فجعلها سببا لكسب الملكية ، تارة مصحوبة بالتقادم كما في التقادم المكسب الطويل والتقادم المكسب القصير ، وطورا بذاتها غير مصحوبة بأي تقادم كما في تملك المنقول بالحيازة الذي نحن بصددده . وتملك الثمار بالقبض - وعلى هذه النظرية أجمع الفقه في مصر (١) .

وهذه النظرية نفسها هي التي أخذ بها في فرنسا كثير من الفقهاء القدامى (٢) ثم أخذ بها الفقهاء المحدثون (٣) ، فاستقرت أخيرا في الفقه الفرنسي . ولا يلقي الفقهاء الذين يأخذون بها بالا إلى المكان الذي وضع فيه التقنين المدني الفرنسي المادة ٢٢٧٩ بين النصوص المتعلقة بالتقادم ، إذ ليس مستغربا أن يضع المشرع بين نصوص التقادم قاعدة يستبعد فيها التقادم فالمناسبة واضحة . ويزداد وضوح المناسبة إذا أخذ في الاعتبار أن المنقول المسروق أو الضائع يمكن استرداده من الحائر حسن النية في مدة ثلاث سنوات ، فكان لا بد من ذكر القاعدة أولا ثم إيراد هذا الاستثناء عليها . هذا إلى أن هذه النظرية هي التي أخذ بها فقهاء القانون الفرنسي القديم ، ومنهم (Bourjon) ، وعندهم نقل التقنين المدني الفرنسي نص المادة ٢٢٧٩ ، فيكون قد نقل هذا النص بالأساس القانوني الذي أقامه عليه هؤلاء الفقهاء . فالقانون إذن هو الذي أكسب حائر المنقول الملكية بمجرد الحيازة ، بالرغم من أن هذا الحائر قد تعامل مع غير المالك (٤) ،

(١) أنظر شفيق شحاتة فقرة ٢٢١ - محمد علي عروة ٢ فقرة ١٠٨ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥٤٢ ص ٥٨٧ - إسماعيل غانم ص ١٣٣ - عبد المنعم فرج الصلدة فقرة ٤٤٠ ص ٦٧٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٤ ص ٤٣٧ - حسن كيرة ص ١١٣ - وقارن محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٣٩٥ .
(٢) أنظر كولييه دي سانتير ٨ فقرة ٣٨٧ مكررة - لوران ٣٢ فقرة ٥٤٢ - ديرانتون ٢١ فقرة ٩٧ - ترولون فقرة ١٠٥٢ وما بعدها - بفتوار ص ٣٥٣ وما بعدها .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٨٣١ وقرة ٨٣٣ - بلانيول وريبير وبيكار فقرة ٣٨٨ - كولان وكاييتان ودي لاموران ديير ١ فقرة ١٢١١ .

(٤) وعلى ذلك يصبح الحائر مالكا دون حاجة إلى التمسك بالقاعدة ، بل حتى لو رفض التمسك بها ، فتقضى له المحكة بالملكية من تلقاء نفسها . وهذا بخلاف التملك بالتقادم ، حيث يجب التمسك بالتقادم ولا تقضى به المحكة من تلقاء نفسها وتكون ملكية الحائر للمنقول ملكية غير قابلة للتقضى ، حتى لو أصبح سيء النية بعد الحيازة ، كما سبق القول . وإذا أراد أن يرد المنقول إلى مالكة السابق ، فانما يكون ذلك عن طريق المبة ، أي بعقد جديد يعيد نقل الملكية من الحائر إلى المالك السابق (أنظر مازو فقرة ١٥٣٨) .

وذلك رغبة لحسن النية وحماية لاستقرار التعامل في المنقول (١).

٤٥١ - الأثر المسقط : وكما أن لقاعدة تملك المنقول بالحيازة أثر اكتسابها

يتمثل في كسب الحائز للملكية المنقول أو للحق العيني على المنقول على الوجه الذى بسطناه ، كذلك لهذه القاعدة أثر مسقط يتمثل في إسقاط التكاليف والقيود العينية التى يكون المنقول مثقلاً بها فيتملك الحائز المنقول خالصاً من هذه التكاليف والقيود كما سبق القول (٢).

وعلى ذلك إذا وضع الحائز حسن النية يده على منقول بعد أن اشتراه من غير المالك ، وكان هذا المنقول مرهوناً رهن حيازة من المالك الحقيقى للمنقول وخرج من حيازة الدائن المرتهن لسبب ما ، واستولى عليه شخص غير المالك وباعه للحائز حسن النية على ما قدمنا ، فإن هذا الحائز لا يكسب بالحيازة ملكية المنقول فحسب ، بل أيضاً يكسب هذه الملكية خالصة من رهن الحيازة الذى كانت مثقلة به . فيضيع في هذا الفرض على المالك الحقيقى ملكيته التى كسبها الحائز بالحيازة وهذا هو الأثر المكسب ، وفى الوقت ذاته يضيع على الدائن المرتهن رهنه الحيازى رهنه الذى سقط بالحيازة أيضاً وهذا هو الأثر المسقط (٣).

(١) أنظر بودرى وتيسيه فقرة ٣٨١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٨ ص ٣٨٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٤٦ وانظر الفقرة الثانية من المادة ٩٧٦ من آنفاً فقرة ٤٣٥ - وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « والحيازة لا تكسب المنقول فحسب ، بل هى أيضاً تزيل للتكاليف والقيود العينية التى تنقل المنقول . فلو وضع الحائز يده على منقول وهو مرهون حيازة ، ملكه فى الحال خالصاً من الرهن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٤) .

(٣) وهنا قد ترتب الأثران المكسب والمسقط معاً . وقد يترتب الأثر المسقط وحده ، فيما إذا تلقى الحائز حسن النية المنقول المرهون من المالك على أنه خال من الرهن ، فيسقط الرهن بفضل الأثر المسقط . ويكون السبب الصحيح هنا تصرفاً صادراً من المالك لم يذكر فيه ما يشغل العين من رهن (إسماعيل غانم ص ١٣٨ - ص ١٣٩ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤٥٣ ص ٦٩٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٦ ص ٤٤٦ - حسن كيرة ص ١١٩ - ص ١٢١) - وإذا رهن المالك المنقول ثم اغتصبه أو اختلسه من الدائن المرتهن ، وباعه لمن حازه بحسن نية على أنه خال من الرهن ، فإن عمل المالك ينطوى على ضرب من السرقة هو « سرقة الضمان » (vol de gage) . فيستطيع الدائن المرتهن أن يسترد المنقول باعتباره دائماً مرتبهاً له رهن حيازة فى ظرف ثلاث سنوات من وقت خروج المنقول من حيازته (محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٤٧ - إسماعيل غانم ص ١٣٩ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٧ ص ٤٥٠ - وانظر عكس ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٠ ص ٢١٩) .

كذلك إذا كان المنقول قد رتب عليه المالك حق انتفاع ، ثم استولى على المنقول شخص غير المالك وغير صاحب حق الانتفاع وباعه إلى حائز حسن النية ، فإن هذا الحائز يملك المنقول بالحيازة ، ويتملكه خالصا من حق الانتفاع . فيضيع على المالك ملكيته التي كسبها الحائز بالحيازة بفضل الأثر المكتسب ، كما يضيع على صاحب حق الانتفاع حقه الذي سقط بالحيازة أيضا بفضل الأثر المسقط .

وإذا كان المنقول عقارا بالتخصيص تابعا لعقار مرهون رهنا رسميا ، ونزعه غير المالك عن العقار وباعه لحائز حسن النية ، فإن هذا العقار بالتخصيص يصبح بعد نزعه من العقار منقولا ، ويكسب الحائز بالحيازة ملكيته خالصة عن الرهن الرسمي الذي كان مترتبا عليه هو والعقار عند ما كان عقارا بالتخصيص .

وغنى عن البيان أن المفروض ، في كل الأحوال المتقدمة ، أن الحائز عندما حاز المنقول كان حسن النية بالنسبة إلى ملكية المنقول وبالنسبة إلى الحق العيني الذي كان يثقل المنقول . فيكون الحائز قد اشترى المنقول من شخص يعتقد أنه المالك وقت الحيازة ، وهذا هو معنى حسن النية بالنسبة إلى ملكية المنقول . ويكون الحائز في الوقت ذاته لا يعلم وقت الحيازة أن المنقول مثقل بحق رهن حيازة أو بحق انتفاع أو بحق رهن رسمي على أساس أنه كان عقارا بالتخصيص ، وهذا هو معنى حسن النية بالنسبة إلى الحق العيني الذي يثقل المنقول .

وكذلك الحكم فيما إذا كان لشخص حق امتياز على منقول ، كحق امتياز للمؤجر أو حق امتياز صاحب الفندق ، وتقل المال من العين المؤجرة أو من الفندق على الرغم من معارضة المؤجر أو صاحب الفندق أو على غير علم منه . فإن المنقول المثقل بحق الامتياز إذا انتقل إلى حائز حسن النية ، كسب هذا الحائز ملكية المنقول خالصة من حق الامتياز (انظر المادة ١١٤٣/٥ مدني والمادة ١١٤٤/٢ مدني (١) .

(١) أنظر أيضاً ، فيما يتعلق بزوال حق الامتياز بفضل الأثر المسقط ٢ المادة ١١٢٢/

٢ مدني والمادة ١١٤٥/١ مدني - وانظر بودري وتيسيه فقرة ٨٧٩ .

أما إذا كان هناك منقول منع من التصرف فيه عقد أو وصية (م ٨٢٣ مدني) ، وباعه غير المالك لحائز حسن النية ، يجهل أن البائع غير مالك ويجهل أن المنقول مثقل بتكليف هو المنع من التصرف ، فإن البيع الصادر من غير المالك إلى الحائز يكون باطلا وفقا لأحكام المادة ٨٢٤ مدني . ولما كان البيع الباطل لا يصاح أن يكون سببا صحيحا في تملك المنقول بالحيازة ، فإن الحائز بالرغم من حسن نيته ينقصه السبب الصحيح . ومن ثم لا يملك هذا المنقول بالحيازة ، لا خالصا من تكليف منع التصرف ولا مثقلا بهذا التكليف (١) .

٤٥٢ - الأساس القانوني الذي يقوم عليه الأثر المسقط: ويقوم الأثر المسقط على نفس الأساس القانوني الذي يقوم عليه الأثر المكسب . فتسقط التكاليف والقيود العينية بالحيازة وحدها . متى كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية ، وذلك بحكم القانون . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٦ مدني ، كما رأينا (٢) على ذلك صراحة إذ تقول : « فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية ، فإنه يكسب الملكية خالصة منها » .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ذلك لأن لحيازة المنقول أثرين لا أثرا واحدا : أثرا مكسبا وأثرا مسقطا . فبمجرد

(١) والقائلون بأن البيع الوارد على خلاف الشرط المانع ليس يبطل يخلصون من ذلك بأن البيع يصلح أن يكون سببا صحيحا ، ويحصلون الأثر المسقط لقاعدة الحيازة ، فتنتقل ملكية المنقول إلى الحائز خالصة من تكليف منع التصرف (عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٧ وفقرة ٧٧ ص ٩٩ - إسماعيل غانم ص ١٣٩ - ص ١٤٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٣ ص ٦٩٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٦ ص ٤٤٧ - ص ٤٤٨ - حسن كيرة ص ١٢١) .

وانظر في أعمال الأثر المسقط قضية باع المالك فيها منقولا وشرط الاحتفاظ بملكته حتى يوفى إليه ثمنه كاملا وأن له أن يسترده من تحت يد كائن من كان ، ووهب المشتري المنقول لزوجته فتملكته بالحيازة وهي حسنة النية بالرغم من وجود هذا الشرط (نقض مدني ٤ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٦ رقم ٢) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥ .

توفرها ، تكسب الحائز الملكية ، وتسقط التكاليف . ومتى تبين هذان الأثران المتميزان ، أصبحنا في غنى عن النظرية الفقهية التي تجعل الحيازة مكسبة للملكية جديدة متميزة عن الملكية القديمة . فان هذا القول يصطدم مع ما هو معروف من أن الملكية حق دائم ، وأصبح من الواضح أن الملكية هي لم تتغير ، وأنها انتقلت بحكم الحيازة ، وانتقلت خالصة من التكاليف بحكم الحيازة أيضا (١) .

وتشير المذكرة الإيضاحية بهذا القول إلى نظرية فقهية تذهب إلى أن الحيازة سبب منشئ للملكية جديدة منبثة الصلة بالملكية القديمة التي كانت للمالك السابق (٢) . وقد سبق أن عارضنا هذه النظرية ، وقلنا في معارضتها ما يأتي :

« كذلك التملك بالحيازة . . . يواجه مالكا سابقا ، فينقل ملكيته هي ذاتها إلى الحائز ، ولا ينشئ ملكية جديدة . ذلك بأن الملكية تتميز بأنها دائمة ، وتتأيد في انتقالها . فما دام الشيء مملوكا وكان باقيا لم يهلك ، فان الملكية باقية . وإذا ملك الشيء مالك جديد ، فانما يكون ذلك بانتقال الملكية من المالك القديم إلى المالك الجديد . لا بانقضاء الملكية وقيام ملكية جديدة مكانها . . فما دام الشيء باقيا فان الملكية تبقى دائما . والذي يتبدل هو المالك لا الملكية . . . ويستخلص مما تقدم أن الالتصاق والحيازة . كالعقد والشفعة . سببان ناقلان للملكية فيما بين الأحياء . كذلك الميراث والوصية سببان ناقلان للملكية ، ولكن بسبب الوفاة . وهذه الأسباب الناقلة للملكية جميعا ، سواء كان نقل الملكية فيما بين الأحياء أو كان بسبب الوفاة ، بعضها ينقل الملكية مع استخلاف المالك الجديد للمالك القديم ، وبعضها ينقل الملكية دون استخلاف . فالأسباب التي تنقل الملكية مع الاستخلاف هي العقد والشفعة والميراث والوصية . أما الالتصاق والحيازة ، فانهما ينقلان الملكية دون استخلاف . فالذي يميز الالتصاق والحيازة عن غيرهما من الأسباب الناقلة للملكية . ليس أنهما لا ينقلان

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٤ - وانظر في هذا المعنى جبال الدين زكي في رسالته في حسن النية في كسب الحقوق ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨ - محمد كامل مرسي ؛ فقرة ٤٣٧ - شفيق شحاتة فقرة ٢٢١ ص ٢٢٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٦ - عبد المعمر فرج الصدة فقرة ٤٥٣ ص ٦٩٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٦ .

(٢) ومن أنصار هذه النظرية بلانيول وريبير وبولانجيح ١ فقرة ٢٨٢٢ وفقرة ٢٨٢٤ - مازو فقرة ١٥٣٩ .

الملكية ، بل هما يتقلانها ، ولكن دون استخلاف . وهذا هو الذى يفسر أن المالك الجديد ، فى الالتصاق والحيازة ، لا يخلف المالك السابق فى ملكيته .. فلا يتقيد بالأعباء والتكاليف التى كانت تقيد المالك السابق « (١) . ونرى من ذلك أن الحيازة لا تنشئ ملكية جديدة كما ذهب القائلون بالنظرية التى نعارضها ، بل هى تنقل نفس الملكية من المالك السابق إلى المالك الجديد . ولكن المالك الجديد فى الحيازة لا يخلف المالك السابق . ومن ثم تخلص له الملكية خالية من الأعباء والتكاليف السابقة لأنه ليس يخلف للمالك السابق . وهذا هو الذى يفسر ماورد فى المذكرة الإيضاحية مما ذكرناه سابقا من أنه « متى تبين هذان الأثران المتميزان الأثر المكسب والأثر المسقط ، أصبحنا فى غنى عن النظرية الفقهية التى تجعل الحيازة مكسبة للملكية جديدة متميزة عن الملكية القديمة . فان هذا القول يصطدم مع ما هو معروف من أن الملكية حق دائم ، وأصبح من الواضح أن الملكية هى لم تتغير ، وأنها انتقلت بحكم الحيازة ، وانتقلت خالصة من التكاليف بحكم الحيازة أيضا » (٢) .

§ ٢ - المنقولات المسروقة أو الضائعة

٤٥٣ - نعى قانونى : تنص المادة ٩٧٧ مدنى على ما يأتى :

« ١ - يجوز للمالك المنقول أو السند لحامله . إذا فقده أو سرق منه . أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية . وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة » .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢ فى الهامش .

(٢) نذكر أن الغرابة أن يتقد أحد الفقهاء هذه العبارات فيقول : « ومن العسير علينا أن نفهم بالضبط الفكرة التقديرية الكامنة وراء هذه العبارات المتناقضة ، إذ كيف يكون من الواضح أن الملكية التى انتقلت بحكم الحيازة هى لم تتغير ، وهى مع ذلك انتقلت خالصة من التكاليف العينية . ثم كيف يسوغ القول إن الملكية انتقلت بالحيازة ، مع أن الفرض هو أن من تصرف فى المنقول لم يكن مالكا له حتى يستطيع أن ينقل ملكيته . أليس من القواعد المنطقية المسلمة أن فاقد الشيء لا يعطيه ؟ فكيف يستطيع فاقد الملكية أن ينقلها إلى غيره ؟ » (محمد على عرفة ٢ فقرة ١١٩ ص ٢١٥ - ص ٢١٦) . وقد سبق أن أوضحنا أن الذى ينقل الملكية ليس هو التصرف القانونى لأنه صادر من غير مالك ، بل هى الحيازة ذاتها ، وذلك بحكم القانون . ثم إن الحيازة تنقل نفس الملكية من المالك إلى الحائز ولكن دون استخلاف ، وهذا هو الذى يفسر أنها تنتقل غير مقيدة بالأعباء والتكاليف التى كانت تقيد المالك السابق ، لأن الحائز ليس يخلف لهذا المالك .

٢ - فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله ، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذي دفعه « (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادتين ٨٦-٨٧/١١٥-١١٦ (٢) .
ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٢٨ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٨١ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٦٤ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادتين ١٤٢٨ و ١٤٢٩ من المشروع التمهيدى . وتطابق المادة ١٤٢٨ الفقرة الأولى من المادة ٩٧٧ مدني كما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد . أما المادة ١٤٢٩ من المشروع التمهيدى فكانت تجرى على الوجه الآتي : « ومع ذلك إذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله ، جاز له أن يطلب الثمن الذي دفعه ممن يسترد هذا الشيء ، وذلك في ميعاد الثلاث سنوات المنصوص عليها في المادة السابقة » . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة ، هي المادة ١٠٥٢ في المشروع النهائي ، بعد أن عدلت الفقرة الثانية من هذه المادة على وجه جعلها مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٤٩ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٢ - ص ٥١٥) .

(٢) التقنين المدني السابق م ١١٥/٨٦ : يسقط حق الملك في الشيء المسروق أو الضائع بمضي ثلاث سنين . م ١١٦/٨٧ : كل من اشترى مسروقاً أو ضائعاً في السوق العام أو ممن يتجر في مثل ذلك الشيء وهو يعتقد ملكية بائنه له ، يكون له الحق في طلب الثمن الذي دفعه من مالك الشيء الطالب استرداده . (وأحكام التقنين المدني السابق تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٢٨ (مطابق) .
التقنين المدني الليبي م ٩٨١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦٤ : استثناء من أحكام المادة السابقة ، يجوز لمالك المنقول ، إذا كان قد أضاعه أو خرج من يده بسرقة أو غصب أو خيانة أمانة ، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وبسبب صحيح ، في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة . (ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري من وجهين : (١) جعل التقنين العراقي خيانة الأمانة في حكم الضياع أو السرقة أو الغصب ، أما التقنين المصري فيجرى القاعدة العامة في حالة خيانة الأمانة ، بل إن هذه القاعدة لا تجرى عادة إلا في هذه الحالة . (٢) لم ينص التقنين العراقي على حق الحائز حسن النية ، الذي اشترى المنقول في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله ، في استرداد الثمن من المالك مع حبس المنقول حتى يستوفى منه هذا الثمن ، وقد نص التقنين المصري على ذلك) .

وَيُخْلَصُ مِنْ هَذَا النَّصِّ أَنَّ مَالِكَ الْمَنْقُولِ ، إِذَا لَمْ يُخْرِجِ الْمَنْقُولَ مِنْ حِيَازَتِهِ بِإِرَادَتِهِ حَيْثُ تَطْبَقُ الْقَاعِدَةُ الْعَامَّةُ فِي تَمْلِكِ الْمَنْقُولِ بِالْحِيَازَةِ وَقَدْ سَبَقَ تَفْصِيلُهَا ، بَلْ خَرَجَ الْمَنْقُولُ مِنْ حِيَازَتِهِ بِغَيْرِ إِرَادَتِهِ بِأَنْ سَرَقَ مِنْهُ أَوْ ضَاعَ ، يَعَامَلُ مَعَامَلَةَ أَفْضَلِ لِأَنَّ الْمَنْقُولَ انْتَرَعَ مِنْ حِيَازَتِهِ بِالرَّغْمِ مِنْهُ . فَيَجُوزُ لَهُ ، أَوَّلًا ، أَنْ يَسْتَرِدَّ الْمَنْقُولَ الْمَسْرُوقَ أَوْ الضَّائِعَ مِمَّنْ سَرَقَهُ أَوْ مِمَّنْ عَثَرَ عَلَيْهِ وَلَمْ يَرُدَّهُ . وَيَجُوزُ لَهُ ، ثَانِيًا ، أَنْ يَسْتَرِدَّ هَذَا الْمَنْقُولَ أَيْضًا مِمَّنْ انْتَقَلَ الْمَنْقُولُ إِلَى حِيَازَتِهِ إِذَا كَانَ هَذَا الْحَاطِثُ سَيِّئًا النِّيَّةِ . وَيَجُوزُ لَهُ ، أَخِيرًا ، أَنْ يَسْتَرِدَّ الْمَنْقُولَ مِنْ حَاطِثٍ حَسَنِ النِّيَّةِ وَلَكِنْ فِي خِلَالِ ثَلَاثِ سِنَوَاتٍ مِنْ وَقْتِ السَّرْقَةِ أَوْ الضَّيَاعِ . وَيَرْجِعُ الْحَاطِثُ حَسَنُ النِّيَّةِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ ، إِذَا رُدَّ الْمَنْقُولُ إِلَى مَالِكِهِ ، بِالضَّمَانِ عَلَى مَنْ يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ . وَإِذَا كَانَ الْحَاطِثُ حَسَنِ النِّيَّةِ قَدْ اشْتَرَى الْمَنْقُولَ فِي سَوْقٍ عَمُومٍ أَوْ فِي ظُرُوفٍ مُشَابِهَةٍ ، فَانْهَ يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمْتَنِعَ عَنْ رَدِّ الْمَنْقُولِ إِلَى مَالِكِهِ حَتَّى يَعَجَّلَ لَهُ الْمَالِكُ الثَّمَنَ الَّذِي دَفَعَهُ . وَيَرْجِعُ الْمَالِكُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ الْأَخِيرَةِ عَلَى الْمُسْتَوْفَى بِالْثَّمَنِ الَّذِي عَجَّلَهُ لِلْحَاطِثِ .

فَهَذِهِ جُمْلَةٌ مِنَ الْمَسَائِلِ نَعْرِضُ لَهَا تَبَاعًا عَلَى الْوَجْهِ الْآتِي : (١) مَنْ لَهُ حَقُّ اسْتِرْدَادِ الْمَنْقُولِ الْمَسْرُوقِ أَوْ الضَّائِعِ . (٢) اسْتِرْدَادُ الْمَنْقُولِ الْمَسْرُوقِ أَوْ الضَّائِعِ مِمَّنْ سَرَقَهُ أَوْ مِمَّنْ عَثَرَ عَلَيْهِ . (٣) اسْتِرْدَادُ الْمَنْقُولِ الْمَسْرُوقِ أَوْ الضَّائِعِ مِمَّنْ تَلَقَّاهُ وَهُوَ سَيِّئُ النِّيَّةِ . (٤) اسْتِرْدَادُ الْمَنْقُولِ الْمَسْرُوقِ أَوْ الضَّائِعِ مِمَّنْ تَلَقَّاهُ وَهُوَ حَسَنُ النِّيَّةِ ، وَالْمُدَّةُ الَّتِي يَسْتَرِدُّ فِيهَا ، وَرَجُوعُ الْحَاطِثِ حَسَنِ النِّيَّةِ بِالضَّمَانِ . (٥) مَنْ يَجُوزُ لِلْحَاطِثِ حَسَنِ النِّيَّةِ أَنْ يَحْبِسَ الْمَنْقُولَ الْمَسْرُوقَ أَوْ الضَّائِعَ حَتَّى يَسْتَوْفَى مِنَ الْمَالِكِ الثَّمَنَ الَّذِي دَفَعَهُ . (٦) رَجُوعُ الْمَالِكِ بِالْثَّمَنِ الَّذِي عَجَّلَهُ لِلْحَاطِثِ حَسَنِ النِّيَّةِ .

٤٥٤ - مَنْ لَهُ حَقُّ اسْتِرْدَادِ الْمَنْقُولِ الْمَسْرُوقِ أَوْ الضَّائِعِ : رَأَيْنَا (١)

أَنَّ صِدْرَ الْفَقْرَةِ الْأُولَى مِنَ الْمَادَّةِ ٩٧٧ تَنْصُ عَلَى أَنَّهُ « يَجُوزُ لِمَالِكِ الْمَنْقُولِ أَوْ السِّنْدِ لِحَامِلِهِ ، إِذَا فَقَدَهُ أَوْ سَرَقَ مِنْهُ ، أَنْ يَسْتَرِدَّهُ ... » . فَالْمَقْرُوضُ إِذَنْ أَنَّ هُنَاكَ مَنْقُولًا أَوْ سِنْدًا لِحَامِلِهِ سَرَقَ مِنْ مَالِكِهِ أَوْ ضَاعَ مِنْهُ ، فَيَكُونُ لَهُ الْحَقُّ

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٥٣ .

في استرداده . وإذا اطلقنا فيما يلي كلمة « المنقول » ، فانها تشمل أيضا السند لحامله (١) .

والمقصود بالسرقه هنا أن تكون سرقة بالمعنى المحدد لها في القانون الجنائي ، فلا تدخل خيانة الأمانة ولا النصب (٢) . فمن أودع منقولا له شخصا ائتمنه عليه ، وباع المودع عنده هذا المنقول لحائز حسن النية فارتكب بذلك جريمة خيانة الأمانة ، ملك الحائز المنقول وفقا للقاعدة العامة في تملك المنقول بالحيازة . ولا يجوز للمالك استرداده منه ، كما كان يسترده لو أن المنقول قد سرق منه أو ضاع ، لأن خيانة الأمانة غير السرقة ، بل إن خيانة الأمانة هي المجال المؤلف لتطبيق القاعدة العامة في تملك المنقول بالحيازة (٣) . وكما لا تدخل خيانة الأمانة ضمن السرقة ، كذلك لا يدخل النصب كما قدمنا ، فلو نصب شخص على آخر ، وحصل منه على منقول بطريق الاحتيال ، ثم باع هذا المنقول لحائز حسن النية ، ملك الحائز المنقول ، ولا يجوز للمالك استرداده منه كما كان يسترده لو أن المنقول سرق أو ضاع (٤) . وفيما يتعلق بالسرقة ،

(١) فاذا كان المنقول أوراقاً نقدية billets de banque أو نقوداً معدنية espèces ، وجب أن تتعين ذاتيتها على وجه لا يقبل الشك (نقض فرنسي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٣٠ - ٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩١ ص ٣٩٠ هامش د) .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٠ - وانظر هامش ٩ في مناقشة الخلاف في شأن النصب وتغليب الرأي القائل بأن النصب لا يأخذ حكم السرقة بل حكم خيانة الأمانة . وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٥ ص ٢٢٨ - ص ٢٢٩ - إسماعيل غانم ص ١٣٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٧ ص ٤٤٩ - حسن كيرة ص ١٢٢ .

(٣) استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣١٢ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٨٢ - ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٠٥ - ٧ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٢٣ - ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦١ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١١ - ٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٣١ - ٧ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٦٩ - وانظر بودري وتيسيه فقرة ٨٩٧ فقرة ٨٩٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٨٩ .

(٤) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٣ - ٨ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣١٢ - ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٠٥ - ٧ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٢٣ - ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦١ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩ - ٧ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٦٩ - وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٤٩ - ص ١٥٠ هامش ٩٠٨ - بودري وتيسيه فقرة ٨٩٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٩٠ .

يعتبر المنقول مسروقاً حتى لو كان السارق غير معروف ، وحتى لو كانت السرقة من السرقات التي يعفى القانون من ارتكبتها من العقوبة^(١). فلو سرق أحد الزوجين من الزوج الآخر منقولاً ، أو سرق المنقول الأصل من أحد فروعه أو الفرع من أحد أصوله ، فإن السارق يعفى من العقاب ، ولكن المنقول يبقى معتبراً أنه مسروق في حكم المادة ٩٧٧ مدني . وينبني على ذلك أنه لو باع السارق في هذه الأحوال المنقول لحائز حسن النية ، جاز للمالك المنقول أن يسترده من الحائز ، ولا يصح الاعتراض على ذلك بأن السرقة لا عقاب عليها^(٢) .

ويعتبر المنقول ضائعاً ، ليس فحسب عندما يفقده صاحبه باهمال مباشر أو غير مباشر ، بل أيضاً ومن باب أولى عندما يخرج من حيازة صاحبه بقوة قاهرة ، كأن يكتسحه فيضان أو يضيع في زحام أو عقب تفتيش أو عند جلاء اضطراري عن المكان الذي فيه المنقول^(٣) . وإذا أرسل المنقول إلى عنوان غير صحيح ففقد ، عد ضائعاً ، سواء كان ذلك بخطأ المرسل أو بخطأ أمين النقل^(٤) .

(١) أوبري درو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٠ - ص ١٥١ - بودري وتيسيه فقرة ٩٠٠ بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٩٠ - ولكن إذا صدر حكم ببراءة المتهم من السرقة ، فإن المنقول لا يعتبر مسروقاً (باريس ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ جازيت دي باليه ١٩٣٣ - ١ - ٦٨٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٩٠ هامش ٢ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٤٦ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٢٠ ص ٢١٨ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٩ ص ٥٩٧ - إسماعيل غانم ص ١٣٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٦ ص ٦٩٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٧ ص ٤٤٨ - ص ٤٤٩ - حسن كيرة ص ١٢٢ .

(٢) ويلحق بحكم السرقة انتزاع المنقول بالقوة بواسطة قوات مسلحة غير شرعية تابعة للحكومة لم يتم الاعتراف بها دبلوماسياً كحكومة شرعية (السين ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٣ دالوز الأسبوعي ١٩٢٤ ص ١٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٩٠) .

(٣) أوفي أثناء الحرب (نقض فرنسي ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٩ Bull. civil ١٩٤٩ - ٣٦٢ - مازو فقرة ١٥٥٢) - ولكن لا يعتبر شيئاً ضائعاً حيوان جامع ، ومن يكبح جماح حيوان لم تسر عليه أحكام الأشياء الضائعة ، وإنما يرجع بدعوى الفضالة على صاحب الحيوان . كذلك لا يعتبر حيواناً ضائعاً اللواجن والحيوانات الأليفة إذا ألفت الرجوع إلى المكان المخصص لها ، فن يستولى عليها في فترة انطلاقها أو يستدرج حمام الأبراج بطرق تدليسية ليستولى عليها يعد في حكم السارق (أنظر آنفاً فقرة ١٢ في آخرها في الهامش) .

(٤) أوبري درو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٤٩ - بودري وتيسيه فقرة ٨٩٦ - وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص ٣٩٠ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٢٥ ص ٢٢٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٦ ص ٦٩٦ .

والذى يكون له الحق فى استرداد المنقول المسروق أو الضائع على الوجه المتقدم الذكر هو مالك هذا المنقول . وكذلك يسترده من كان له حق فيه ، كالحائز للمنقول حيازة مقرونة بنية التملك ، وصاحب حق الانتفاع فى المنقول ، والمرتهن للمنقول رهن حيازة . بل يستطيع أن يسترده الشخص الذى أودع عنده فالترم بالمحافظة عليه (١) ، ويكون استرداد المنقول هنا مماثلاً لدعوى استرداد حيازة العقار عندما تعطى هذه الدعوى للحائز العرضى (٢) .

٤٥٥ - استرداد المنقول المسروق أو الضائع ممن سرقه أو ممن عثر عليه :

والأصل أن المسترد يسترد المنقول المسروق أو الضائع من أى شخص يكون هذا المنقول فى يده ، ولو كان هذا الشخص حائزاً عرضياً ، وعلى الحائز العرضى أن يدخل فى الحصومة من يحوز المنقول لحسابه (٣) . ولا يمنع استرداد المنقول من تحت يد الحائز ، أن يتخلى هذا غشا عن الحيازة لشخص آخر ، ليتوقى بذلك استرداد المنقول من تحت يده (٤) .

فإذا كان المنقول لا يزال باقياً فى يد من سرقه أو من عثر عليه ، جاز استرداده من أى منهما فى أى وقت ، ولو بعد انقضاء ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، بل ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة لأن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم . ولا يمنع الاسترداد ، إلا إذا تملك المنقول السارق أو من عثر عليه بالتقادم المكسب الطويل (٥) . فإذا بقى أى من

(١) ولا يطلب من المسترد أن يثبت ملكيته للمنقول المسروق أو الضائع ، بل يكفي أن يثبت أنه كان حائزاً له وقت السرقة أو الضياع ، ويثبت فوق ذلك واقعة السرقة أو الضياع . ويجوز له أن يثبت كل ذلك بجميع طرق الإثبات ، ويدخل الإثبات بالبينة أو القرائن ، لأنه إنما يثبت وقائع مادية (بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٧) . والحكم الجنائى الصادر بالإدانة فى سرقة المنقول له قوة مطلقة ، ويكون دليلاً كافياً على واقعة السرقة (مازو فقرة ١٥٥٢) .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٧ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٣٩١ - نقض فرنسى ٢٨ مارس سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٨ - ١ - ٢٥٣ .

(٣) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٣٩١ ص ٣٩١ - نقض فرنسى ٥ مايو سنة ١٨٧٤ سيريه ٧٥ - ١ - ٤٩ .

(٤) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٣٩١ ص ٣٩١ - نقض فرنسى ٧ فبراير ١٩١٠ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٢٠١ .

(٥) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٢ - بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٥ ص ٧٠٤ - ص ٢٠٥ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٣٩١ ص ٣٩١ .

هذين حائرا للمنقول بنية تملكه مدة خمس عشرة سنة ، وكانت الحيازة خالية من العيوب ، وبخاصة من عيب الخفاء وهو عيب كثيرا ما يشوب حيازة السارق لأن هذا يعتمد عادة إلى إخفاء الشيء ، فان المنقول يتم تملكه بالتقادم المكسب الطويل ولا يجوز استرداده بعد ذلك .

وفما يتعلق بالشيء الضائع يجب أن تراعى أحكام الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ الخاص بالأشياء أو الحيوانات الضائعة ، وقد عرضنا له عند الكلام فى اللقطة أو الأشياء الضائعة (١) . ويقضى هذا الأمر بأن من يعثر على شيء أو حيوان ضائع يجب أن يبلغ عنه أمام أقرب نقطة للشرطة فى المدن وأمام العمدة فى القرى ، ويسلمه (٢) . فاذا احتفظ به ولم يبلغ عنه ولم يسلمه ، فى خلال ثلاثة أيام فى المدن وثمانية أيام فى القرى ، حرم من حقه فى العشر وقضى عليه بغرامة لا تزيد على مائة قرش ، وهذا هو جزاء عدم التبليغ فقط . لكن إذا ثبت أن من عثر على الشيء الضائع قد احتفظ به بنية تملكه ، سواء كانت هذه النية معاصرة لوقت عثوره على الشيء أو وجدت بعد ذلك ، فانه يكون فى حكم السارق . ويستطيع المالك بدعوى الاستحقاق أن يسترد الشيء منه كما يسترده من السارق على ما قدمنا ، ولو بعد انقضاء ثلاث سنوات من وقت الضياع ، أو حتى بعد انقضاء خمس عشرة سنة لأن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم (٣) . ولكن يستطيع من عثر على الشيء .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٢ .

(٢) فاذا لم يطالب به مالكه ، بيع الشيء فى خلال سنة من تسليمه أو الحيوان فى خلال عشرة أيام ، فى المزاد العلنى بواسطة الإدارة ، ويصح تقصير الميعاد الذى يتم بعده البيع إذا كان الشيء الضائع يخشى عليه من التلف . ويكون لمن عثر على الشيء الضائع عشر الثمن ، وتحتفظ الإدارة بباقي الثمن لحساب المالك مدة ثلاث سنوات ، فاذا لم يتقدم المالك فى خلال هذه المدة لتسلمه فانه يؤول إلى الدولة .

ويستطيع من رسا عليه مزاد المنقول الضائع ، إذا رفع عليه المالك دعوى الاستحقاق ، أن يرد هذه الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من وقت الضياع . فاذا لم تنقض هذه المدة ، حق المالك أن يسترد المنقول الضائع بدعوى الاستحقاق ، على أن يرد لمن رسا عليه المزاد الثمن الذى دفعه هذا لأنه اشترى المنقول فى المزاد . ويرجع المالك على جهة الإدارة بباقي الثمن الذى أودع لحسابه ، بعد استئزال العشر الذى دفع مكافأة لمن عثر على الشيء الضائع . أنظر فى كل ذلك آنفاً فقرة ١٢ فى آخرها .

(٣) ولكن يبدو أن من عثر على الشيء الضائع لا يلتزم التزاماً شخصياً برد المنقول إلى صاحبه ، لأن واقعة العثور على المنقول الضائع لا ترتب التزاماً شخصياً فى ذمة من عثر =

كما يستطيع السارق ، أن يملك المنقول الضائع بالتقادم المكسب الطويل إذا ظل حائزاً له مدة خمس عشرة سنة ، وكانت الحيازة مستوفية لشرائطها ، كما سبق القول .

٤٥٦ - استرداد المنقول المسروق أو الضائع ممن تلقاه وهو سىء النية :

فاذا تصرف فى المنقول من سرقة أو عثر عليه ، وكان المتصرف إليه سىء النية ، أى يعلم أن المتصرف لا يملك المنقول ، علم أو لو لم يعلم أن المنقول مسروق أو ضائع ، فإن المالك يستطيع أن يسترد المنقول بدعوى الاستحقاق من هذا الحائز سىء النية ، كما كان يسترده ممن سرق المنقول أو ممن عثر عليه فيما قدمنا . وعلى ذلك يستطيع المالك أن يسترد المنقول من الحائز سىء النية ولو بعد انقضاء ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، بل ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة لأن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم . ولا يمنع الاسترداد إلا أن يملك الحائز سىء النية المنقول المسروق أو الضائع بالتقادم المكسب الطويل ، بأن يبقى حائزاً له خمس عشرة سنة وتكون الحيازة مستوفية لشرائطها (١) .

وإذا لم يستطع المالك أن يسترد المنقول من الحائز سىء النية بسبب أن هذا قد تملكه بالتقادم المكسب الطويل ، فإنه يستطيع أن يرجع بدعوى التعويض على من سرق المنقول أو على من عثر عليه إذا كانت هذه الدعوى لم تسقط بالتقادم (٢) .

= هذا المنقول يتسلمه إلا إلى الشرطة ، وجزاء هذا الالتزام الغرامة كما قدمنا . وهذا بخلاف السارق ، فإنه يلتزم التزاماً شخصياً برد المسروق إلى صاحبه ، وهذا إلى جانب دعوى الاستحقاق التى يستطيع بها المالك أن يسترد المسروق من تحت يده (أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٢) . ويذهب رأى آخر إلى من عثر على شئ يلتزم التزاماً شخصياً برده إلى صاحبه ، حتى لو لم يحتفظ به بنية تملكه ، لأن واقعة العثور على الشئ فى ذاتها ترتب فى ذمته هذا الالتزام (بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٥ ص ٧٠٥ - ٧٠٦ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٤ ص ٢٢٨) . ونرى أن واقعة العثور فى ذاتها على المنقول لا ترتب التزاماً شخصياً برده ، ولكن إذا احتفظ بالمنقول من عثر عليه بنية تملكه ، اعتبر فى حكم السارق وارتكب خطأ نحو المالك ، معروفاً كان المالك أو غير معروف ، والتزم من عثر على المنقول ، كما يلتزم السارق ، التزاماً شخصياً برد المنقول إلى صاحبه .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٨ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٤ .

٤٥٨ - استرداد المنقول المسروق أو الضائع ممن تلقاه وهو ممن

النية - مرة الاسترداد - رجوع الحائز منه النية بالعمامة : بقيت حالة ما إذا كان المنقول المسروق أو الضائع قد تلقاه حائز حسن النية . وهي الحالة التي عرضت لها المادة ٩٧٧ / ١ مدني فيما رأينا (١) إذ تقول : « يجوز للمالك المنقول أو السند الحامله ، إذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية . وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة » . وفي هذه الحالة وحدها نخرج عن حدود تطبيق القواعد العامة ولذلك وجب النص كما نرى ، في حين أنه في الحالتين الأوليين ، حالة استرداد المنقول ممن سرقه أو ممن عثر عليه وحالة استرداده من حائز سيء النية ، لم نفعل إلا أن طبقنا القواعد العامة . وقد كانت القواعد العامة تقضي ، في الحالة الأخيرة التي نحن بصددتها وهي حالة استرداد المنقول من حائز حسن النية ، بأن المالك لا يجوز له الاسترداد أصلاً ، لأن المنقول في يد حائز حسن النية فتملكه بالحيازة . ولكن القانون هنا وازن بين مصلحة المالك ومصلحة الحائز حسن النية . فوجد المصلحة الأولى في حاجة إلى شيء من الرعاية . فالمالك ، عندما يخرج المنقول من يده باختياره إلى شخص يخون الأمانة فيبيع المنقول لحائز حسن النية . يكون قد أخطأ في أنه أخرج المنقول من يده باختياره واضعاً ثقته في شخص خان هذه الثقة ، ومن ثم لا نحمل الحائز حسن النية خطأ المالك . ونجعل هذا الحائز يملك المنقول بالحيازة ، ونمنع المالك من استرداد المنقول . أما إذا خرج المنقول من يد المالك على غير إرادته ، بأن سرق منه أو ضاع . فإن المالك لا يكون قد أخطأ ، ولذلك يراعى القانون مصلحته إلى حد معين . فيجيز له أن يسترد المنقول من تحت يد الحائز حسن النية (٢) ، وبذلك يضحى مصلحة هذا

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٥٣ .

(٢) وفي العمل لا يرفع المالك دعوى استحقاق على الحائز ، لأن بطل الإجراءات في هذه الدعوى تسمح للحائز بإخفاء المنقول . وإنما يلجأ المالك إلى حجز التحفظ باعتباره مالكا للمنقول وهو في يد الغير ، وهذه حالة من الحالات التي يجوز فيها توقيع الحجز التحفظي . وإجراءات الحجز التحفظي سريعة ، وتتخذ عادة دون علم الحائز ؛ فإذا ما وقع الحجز على المنقول أصبح لا يمكن إخفاؤه ، وبعد ذلك ترفع دعوى تثبيت الحجز . وفي هذه الدعوى يثار النزاع من حيث الموضوع ، فتحل في العمل محل دعوى الاستحقاق . أنظر في ذلك كاربونييه ص ٢٦٥ - ص ٢٦٦ .

الأخير ويراعى مصلحة المالك . ولكن يضرب للاسترداد أجلا هو ثلاث سنوات لا يستطيع المالك بعد انقضائها أن يسترد المنقول من تحت يد الحائر ، وبذلك يضحى مصلحة المالك ويراعى مصلحة الحائر حسن النية (١) . وفي هذا توازن عادل بين المصلحتين المتعارضتين ، مصلحة المالك ومصلحة الحائر حسن النية .

ويستوى أن يكون الحائر حسن النية قد تلقى المنقول مباشرة ممن سرقه أو ممن عثر عليه ، أو تلقاه من حائر أو حائرين متعاقبين تلقوه من أحد هذين . والمهم أن يكون هو حسن النية ، ولا يهم أن يكون الحائرون المتعاقبون الذين سبقوه حسنى النية أو سيئ النية (٢) . ويستوى كذلك أن يكون حائر الحساب نفسه أو حائر ا عرضيا لحساب غيره إذا كان هذا الغير حسن النية ، وفي هذه الحالة الأخيرة يدخل الحائر العرضي الحائر الأصيل خصما في الدعوى (٣) . والمدة التي يستطيع فيها المالك أن يسترد المنقول المسروق أو الضائع من الحائر حسن النية هي ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع (٤) . فليس من الضروري إذن أن يستمر الحائر حسن النية على حيازته للمنقول المسروق أو الضائع مدة ثلاث سنوات ، إذ لسا هنا في صدد تقادم مكسب مدته ثلاث سنوات . بل يكفي أن يكون قد انقضى على سرقة المنقول أو ضياعه ثلاث سنوات ليمنع على المالك الاسترداد ، حتى لو كان الحائر حسن النية لم تستمر حيازته للمنقول غير سنة واحدة أو حتى غير يوم واحد (٥) . وكما

(١) نقض جنائى ١٨ أبريل سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض الجنائى ١٢ رقم ٨٧ ص ٤٦٨ - استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١١٩ - ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٠٥ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩ - ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٨ . ٧ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٦٩ .

(٢) ولا يجوز رفع دعوى الاستحقاق إلا على الحائر ، أما من تلقى الحائر المنقول منهم فلا يكونون مسئولين إلا عن التعويض إن كان له محل (بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٨) .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٩ - نقض فرنسى ٥ مايو سنة ١٨٧٤ سيريه ٧٥ - ١ - ٤٩ .

(٤) المادة ١/٩٧٧ ملق آتفا فقرة ٤٥٣ - ومدة ثلاث السنوات هذه هي المدة التقليدية التي كان

مأخوذاً بها في القانون الفرنسى القديم ، نقلا عن القانون الرومانى (بودرى وتيسيه فقرة ٨٨٦ ص ٧٠٦) .

(٥) بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٠ ص ٧٠٩ - نقض فرنسى ٥ ديسمبر سنة ١٨٧٦

سيريه ٧٧ - ١ - ٢٠١ - وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « فإذا -

أن مدة الثلاث السنوات ليست مدة تقادم مكسب ، كذلك ليست هي مدة تقادم مسقط إذ أن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم ، بل هي ميعاد سقوط (délai de déchéance) . فهي مدة قد حددها القانون للمالك المنقول المسروق أو الضائع ليرفع في خلالها دعوى الاستحقاق على الحائز حسن النية . وعلى ذلك تسرى هذه المدة على ناقصي الأهلية والمحجورين ، أو حتى لو كان المالك أو ورثته محجوراً عليهم لصغر السن أو لغير ذلك من أسباب الحجر ، وتسرى عليهم دون أن توقف أو تنقطع (١) . وتسرى من وقت السرقة أو الضياع حتى لو لم يعلم المالك بالسرقة أو الضياع ، وقد تكتمل المدة قبل أن يعلم ذلك فلا تقبل منه دعوى الاستحقاق بالرغم من عدم علمه . ويقع عبء إثبات أن المنقول مسروق أو ضائع على عاتق المالك الذي يطلب استرداد المنقول ، فإذا ادعى الحائز حسن النية أن مدة الثلاث السنوات قد انقضت من وقت السرقة أو الضياع فلا يجوز قبول دعوى الاستحقاق بعد انقضاءها ، فعلى الحائز عبء إثبات ذلك ، ويثبت تبعاً لهذا تاريخ السرقة أو الضياع (٢) .

فإذا انقضت مدة الثلاث السنوات من وقت السرقة أو الضياع دون أن

= كان المنقول مسروقاً أو ضائعاً فإن الحائز لا يملكه ، بل تبقى دعوى المالك في الاسترداد قائمة ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة . وليس من الضروري أن تستمر حيازة المنقول المسروق أو الضائع طول هذه المدة ، فقد يضيع المنقول ولا يحوزه أحد مدة ستين ، ثم يجده من يبيعه إلى حائز حسن النية ، فيبقى هذا حائزاً سنة واحدة حتى تكمل ثلاث السنوات التي تسقط بها دعوى الاسترداد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٤) .

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٤ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٣ هامش ١ - مازو فقرة ١٥٥٣ ص ١٢٤٣ - كاربونييه ص ٢٥٧ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١٢٢٠ ص ٩٩٥ - شفيق شحاتة فقرة ٢٢٢ ص ٢٣٠ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٢١ ص ٢٢٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٤٩ ص ٥٩٧ - إسماعيل غانم ص ١٣٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٧ ص ٤٤٩ - حسن كيرة ص ١٢٢ - وانظر عكس ذلك وأن مدة الثلاث السنوات هي مدة تقادم مسقط ولكنها تسرى ضد المحجورين ولا توقف ولا تنقطع بودري وتيسيه فقرة ٨٩١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٤٠ .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٨٩٠ ص ٧٠٩ هامش ١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٤١ - أنظر عكس ذلك وأن المالك يحمل عبء إثبات السرقة أو الضياع وعبء إثبات عدم انقضاء مدة الثلاث السنوات في الوقت ذاته محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٢١ ص ٢٢١ .

يرفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز حسن النية ، فقد أصبحت دعوى الاستحقاق غير مقبولة بعد انقضاء هذه المدة . وعلى ذلك يعود الحائز حسن النية إلى الانتفاع بقاعدة تملك المنقول بالحيازة ، فيتملك المنقول المسروق أو الضائع على وجه بات دون أن يكون معرضا لدعوى الاستحقاق (١) . وليس للمالك بعد ذلك أن يرجع بشيء على الحائز حسن النية ، وله أن يرجع بدعوى المسؤولية على من تتحقق مسؤوليته ، فيرجع على السارق أو على من عثر على الشيء الضائع ولم يردده وعلى كل حائز سىء النية تلقى المنقول من أحد هذين ، وذلك كله إذا كانت دعوى المسؤولية لم تسقط بالتقادم .

أما إذا رفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز حسن النية في خلال مدة الثلاث السنوات من وقت السرقة أو الضياع ، فإنه يسترد من هذا الحائز المنقول المسروق أو الضائع (٢) ، ولا يستطيع هذا الأخير أن يحتج على المالك بأنه تملك المنقول بالحيازة ، ما دام المنقول مسروقا أو ضائعا وما دامت دعوى الاستحقاق قد رفعت على الحائز في خلال الثلاث السنوات من وقت السرقة أو الضياع . وكل ما يستطيعه الحائز حسن النية في هذه الحالة ، بعد أن يرد المنقول إلى المالك . هو أن يرجع بدعوى الضمان على من تلقى منه المنقول المسروق أو الضائع (٣) . وتسرى القواعد المقررة في دعوى الضمان ، ويرجع الحائز حسن النية على من تلقى منه المنقول . سواء كان هذا الأخير سىء النية

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٠ - مازو فقرة ١٥٥٣ ص ١٢٤٣ - كاربونييه ص ٢٥٧ .

(٢) فإذا كن الحائز قد استهلك المنقول دون خطأ من جانبه ، فإنه لا يكون مسئولاً عن قيمته ولا عن دفع أى تعويض (بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٥) . وهناك رأى يذهب إلى أن الحائز يكون مسئولاً طبقاً لمبدأ الإثراء بلا سبب فقد اغتنى على حساب المالك (لوران ٣٢ فقرة ٥٨٥) . ولكن القانون لم يخول للمالك إلا دعوى الاستحقاق ، ولم يرتب في ذمة الحائز أى التزام شخصي ، وما دامت دعوى الاستحقاق قد أصبحت مستحيلة باستهلاك المنقول ، وما دام لا يوجد أى خطأ في جانب الحائز ، فليس للمالك أن يرجع عليه بشيء (بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٥) .

(٣) أنظر المادة ٢/٢٢٧٩ مدنى فرنسى - ويحرم الحائز من الرجوع على بائعه بدعوى الضمان . إذا تسبب باهماله في أن يفوت الفرصة على هذا البائع في أن يرجع بدوره على من يكون مسئولاً قبله (بودرى وتيسيه فقرة ٨٩٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص ٣٩٦) .

أو حسن النية ، فإذا كان سىء النية كانت مسئوليته أشد . على أن للحائز حسن النية ، قبل أن يرد المنقول المسروق أو الضائع إلى المالك ، أن يحبس هذا المنقول حتى يستوفى من المالك الثمن الذى دفعه ، وذلك فى حالة استثنائية تنتقل الآن إليها .

٤٥٨- متى يجوز للحائز حسن النية أن يحبس المنقول المسروق أو الضائع

متى يستوفى من المالك الثمن الذى دفعه : تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٧ مدنى ، كما رأينا (١) . على ما يأتى : « فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله . فإن له أن يطلب ممن يسترده هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذى دفعه » . ويخلص من هذا النص أن الحائز حسن النية إذا وجد فى مركز خاص يجعله جديرا بالرعاية ، بأن يكون حسن نيته مدعوما بملاسات خارجية تجعله يطمئن إلى أنه اشترى المنقول فى ظروف مألوفة تحمل على الاعتقاد بسلامة التعامل . فإن القانون يوليه حماية فعالة ، حتى ضد مالك المنقول المسروق أو الضائع . فيجعل له الحق فى أن يحبس المنقول . بعد أن يقضى لصالح المالك فى دعوى الاستحقاق باسترداده . فلا يسلمه الحائز للمالك إلا بعد أن يستوفى منه الثمن الذى دفعه فى شراء هذا المنقول (٢) . وبذلك يستوفى حقه قبل أن يسلم المنقول ، وعلى المالك الذى وفى الثمن للحائز أن يرجع به على المسئول (٣) . والظروف الخارجية التى تبرر معاملة الحائز حسن النية هذه المعاملة الخاصة قد ذكرها القانون على سبيل الحصر ، وهى أن يكون الحائز حسن النية قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع فى سوق أو فى مزاد

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٥٣ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٩٠٣ ص ٧١٦ .

(٣) وهذه قاعدة تقليدية ترجع فى أصلها إلى القانون الفرنسى القديم (بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٣٩٤ ص ٣٩٣ وهامش ٣) . أما مصلحة المالك فى أن يعجل الثمن للحائز قبل أن يسترده المنقول ، فقد تكون رغبته فى استرداد منقولته بالذات ولو بدفع ثمنه ، وقد يكون الثمن الذى يعجله للحائز أقل بكثير من قيمة المنقول كما يحدث فى كثير من الأحيان عندما يبيع السارق المسروق ، هذا إلى أن للمالك حق الرجوع على السارق أو على من عثر على المنقول أو على حائز سىء النية تلقى المنقول من أيهما بالثمن الذى عجله وبالتعويض (كاربونييه ص ٢٥٧) .

على أو اشتراه ممن يتجر في مثله . فهذه الظروف قد حملت المشرع على أن يعيد النظر في الموازنة بين مصلحة الحائز حسن النية ومصلحة المالك ، فيجعل مصلحة الحائز حسن النية ، وقد اشترى المنقول في ظروف بعيدة عن أية شبهة أو ريبة ، هي المصلحة الراجحة ، وذلك إمعانا في حماية استقرار التعامل في المنقول (١) .

فيجب إذن أن يكون الحائز حسن النية قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله . ويعتبر بورصة الأوراق المالية سوقا لشراء السندات لحاملها . وكذلك يعتبر سوقا لشراء هذه السندات دكان الصراف (boutique d'un changeur) إذا باعها الصراف لحائز حسن النية . ولكن الصراف نفسه إذا اشترى السندات لحاملها المسروقة أو الضائعة في دكانه لا يعتبر أنه اشتراها في سوق ، ويجوز للمالك استرداد هذه السندات منه في خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو انضباع دون أن يكون ملزما بتعجيل ثمنها له (٢) . ويستوى في المزاد العلني أن يكون مزادا إجباريا أو مزادا اختياريا (٣) . كما يستوى أن يكون مزادا قضائيا أو مزادا إداريا . ولا يعتبر المصرف . إذا باع سندات لحاملها مسروقة أو ضائعة ، ممن يتجر في مثل هذه الأشياء (٤) . إلا إذا كانت هذه السندات أذونات على الخزانة العامة (٥) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٤ ص ٣٩٣ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص ١٥٢ هامش ١٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٤ - كولان وكاييتان ودي لا مورانديير ١ فقرة ١٢٢٠ ص ٩٩٥ - وقارن بودري وتيسيه فقرة ٩٠٥ - وكدكان الصراف بنك الرهونات ، فن رهن منقولا مسروقا أو ضائعا في بنك الرهونات لا يكون قد رهنه في سوق ، ومن ثم لا يجوز للبنك تقاضي مبلغ للقرض من المالك المسترد (كولان وكاييتان ودي لا مورانديير ١ فقرة ١٢٢٠ ص ٩٩٥) .

(٣) محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٢٢ ص ٢٢٢ .

(٤) ولكن سمسار البورصة يعتبر كذلك ، وقد قضى بأن من يشتري سندات مسروقة من سمسار في البورصة له أن يطلب استرداد الثمن الذي دفعه (استئناف مختلط ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٥٥ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ٣٣٦ ص ٢١٤) . وانظر في هذا المعنى محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٢٢ ص ٢٢٣ .

(٥) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٤ ص ٣٩٤ - وإذا اعتقد الحائز حسن النية أنه اشترى المنقول ممن يتجر في مثله ، ثم اتضح أن البائع ليس في الواقع من الأمر ممن =

فاذا كان الحائز حسن النية قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع من سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله . كان للمالك مع ذلك أن يسترد المنقول بدعوى استحقاق يرفعها على الحائز في خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع كما قدمنا . ولكنه لا يستطيع أن يجبر الحائز على تسليم المنقول إليه إلا إذا عجل له الثمن الذي دفعه . والمقصود بالثمن هنا هو المبلغ الذي دفعه الحائز لشراء المنقول ، فيدخل الثمن الأصلي للمنقول والمصروفات التي أنفقها الحائز في شرائه . بل يدخل أيضا وفقا لنص المادة ١/٩٨٠ مدني المصروفات الضرورية التي أنفقها الحائز على المنقول . وتسري في شأن المصروفات النافعة والمصروفات الكمالية أحكام المادة ٢/٩٨٠ و ٣ مدني . ولا يتقاضى الحائز فوائد على هذه المبالغ لأنه انتفع بالمنقول (١) . وواضح من عبارة « يعجل له الثمن الذي دفعه » ، وهي العبارة الواردة في آخر المادة ٢/٩٧٧ مدني (٢) . أن الحائز لا يسلم المنقول للمالك إلا إذا استوفى منه الثمن على النحو المتقدم . أي أن له أن يحبس المنقول في يده حتى يستوفى الثمن (٣) . وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة في الحق في الحبس (٤) .

= يتجر في مثل المنقول المبيع ، فالعبارة بالواقع لا بما اعتقده الحائز . ومن ثم لا يعتبر أنه اشترى المنقول ممن يتجر في مثله بالرغم من أنه كان يعتقد ذلك ، فيجوز للمالك أن يسترد منه المنقول في خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع دون أن يكون ملزماً بتعجيل الثمن (أنظر هذا المعنى بودري وتيسيه فقرة ٩٠٣ مكررة - أميان ١٤ مايو سنة ١٨٩٥ داللو ٩٦ - ٢ - ٤٦٨) . وقد قضى بأن الحائز الذي اشترى براميل من وكيل مصنع جعة لا يبيع إلا الجعة ولا يبيع هذا الصنف من البراميل ليس له أن يطالب برد الثمن الذي دفعه (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٢٣) .

(١) بودري وتيسيه فقرة ٩٠٦ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٥٣ .

(٣) فإذا لم يحبس الحائز المنقول وسلمه للمالك . فإنه يفقد ضمان الحبس ، ولكنه لا يفقد الحق في استيفاء الثمن من المالك (مذو فقرة ١٥٥٧) .

(٤) وغنى عن اثبات أنه إذا كان المنقول المسروق أو الضائع من الأموال العامة ، فإنه لا يقبل التملك بأخبازة . ومن ثم إذا اشترى حائز حسن النية هذا المنقول في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله . فإنه لا يملكه بأخبازة . وكذلك لا يستطيع أن يطالب بالثمن الذي دفعه (بودري وتيسيه فقرة ٩١٠ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٣٩٦ ص ٣٩٤ - ص ٣٩٥) .

ويعامل الدائن المرتهن رهن حيازة لمنقول مسروق أو ضائع معاملة مالك المنقول في كل ما قدمناه . وقد نصت المادة ١١١٨ مدني على أن « ١ - الأحكام المتعلقة بالآثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التي لحاملها تسري على رهن المنقول . ٢ - وبوجه خاص يكون للمرتهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه في الرهن ، ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون ... » (١) . وعلى ذلك إذا رهن غير المالك المنقول لمرتهن رهن حيازة حسن النية يعتقد أن الراهن هو مالك المنقول ، فان للدائن المرتهن أن يتمسك بهذا الرهن وأن يحتج به على مالك المنقول . فاذا كان المنقول مسروقا أو ضائعا ، واسترده المالك في خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، فانه يسترده خاليا من حق الرهن بالرغم من أن الدائن المرتهن حسن النية . فاذا كان الدائن المرتهن قد ارتهن المنقول من شخص يتعامل في مثل المنقول ، فليس للمالك أن يسترد المنقول خاليا من الرهن إلا بعد أن يعجل للدائن المرتهن الدين الذي له المضمون بالرهن وما يتبع هذا الدين من مصروفات وفوائد ، بعد استئصال ما يقابل المدة الباقية لحلول الدين من الفوائد بالسعر القانوني أو بالسعر الاتفاقي بحسب الأحوال (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٤٢ - أنظر في امتياز المؤجر المادة ١١٤٣/٢ و ٤ مدني وتنص على ما يأتي : « ٢ - ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوج المستأجر أو كانت مملوكة للغير ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها ، وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة ... » ٤ - وإذا نقلت الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ولم يبق في العين أموال كافية لضمان الحقوق الممتازة ، بقي الامتياز قائماً على الأموال التي نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذي كسبه الغير حسن النية على هذه الأموال . ويبقى الامتياز قائماً ولو أضر بحق الغير لمدة ثلاث سنوات من يوم نقلها إذا أوقع المؤجر عليها حجزاً استحقاقياً في الميعاد القانوني . ومع ذلك إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية في سوق عام أو في مزاد علني أو بمن يتجر في مثلها ، وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى هذا المشتري » (أنظر في معنى الفقرة الرابعة المادة ٢/٢٢٨٠ مدني فرنسي التي أضيفت بقانون ١١ يولييه سنة ١٨٩٢) - وانظر أيضاً نصاً مماثلاً في امتياز صاحب الفندق المادة ٢/١١٤٤ مدني مصري .

(٢) محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٥٧ - وقارن محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٢٢ ص ٢٢٢ - أما في فرنسا فلا يوجد نص مقابل للمادة ١١١٨ مدني مصري ، فعمد القضاء الفرنسي إلى تطبيق قاعدة تملك المنقول بالحيازة على المرتهن رهن الحيازة ، ولكنه لا يطبق عليه المادة ٢٢٨٠ مدني فرنسي المتعلقة بوجوب رد الثمن إذا كان الشراء في سوق أو مزاد علني أو بمن يتجر في مثل «

٤٥٩ - رموع المالك بالثمن الزى عملة للحائز حسن النية : وإذا عجل المالك للحائز حسن النية الثمن على النحو الذى قدمناه ، فانه يرجع بما عجله على سارق المنقول أو على من عثر على المنقول ، وذلك على سبيل التعويض عن الخطأ التقصيرى الذى ارتكبه هذان الأخيران . وليس له أن يرجع على من تلقى المنقول من سارقه أو ممن عثر عليه . أو من حائز نال له ، إلا إذا أثبت سوء نيته أو أثبت فى جانبه خطأ . وذلك وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية . فإذا باع سارق المنقول مثلا المنقول لمشتري سىء النية ، ثم باع المشتري المنقول لحائز حسن النية فى سوق أو فى مزاد علنى أو كان المشتري يتجر فى مثل هذا المنقول ، فان مالك المنقول يجب ، قبل أن يسترد المنقول ، أن يعجل الثمن للحائز حسن النية . ثم يرجع بما عجله على السارق ، وكذلك يجوز له أن يرجع به على المشتري الأول سىء النية الذى اشترى المنقول من السارق وباعه للحائز حسن النية وقبض منه الثمن ^(١) وهو لا يرجع على هذا المشتري الأول إلا على أساس الخطأ التقصيرى الذى ارتكبه بسوء نيته ^(٢) .

وقد يقع أن سارق المنقول مثلا يبيعه لحائز حسن النية فى سوق أو مزاد علنى أو يكون السارق ممن يتجر فى مثل هذا المنقول ، ثم يبيعه الحائز حسن

المنقول (نقض فرنسى ١١ مايوسنة ١٨٩٨ سيرييه ٩٨ - ١ - ٤٨١) . وينتقد الفقه الفرنسى القضاء لأنه وقف فى منتصف الطريق . فلا هو امتنع عن تطبيق القاعدة على الدائن المرتهن رهن حيازة ، ولا هو طبقها عليه تطبيقاً كاملاً (أنظر بودرى وتيسيه فقرة ٩٠٨ مكررة وتعليقه فى سيرييه ٩٨ - ١ - ٤٨١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٥ - وقارن مازو فقرة ١٥٥٦) .

(١) وهذا ما قصدت إليه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عندما ذكرت أن المالك يرجع على من قبض الثمن . فهى تقول : «على أن هذه الدعوى إذا رفعت فى الميعاد ضد حائز اشترى من سوق عمومة أو من مزاد علنى أو من شخص يتجر فى مثل هذا المنقول ، جاز للحائز ألا يرد الشئ حتى يسترد الثمن الذى دفعه ، ويرجع المالك على من قبض هذا الثمن» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٤ - ص ٥١٥) .

(٢) فلا يرجع عليه ، لا على أساس أنه وفى عنه دينه للحائز حسن النية فحل محله فيه لأن المشتري سىء النية لا يلتزم نحو الحائز حسن النية برد الثمن . ولا على أساس أنه يرجع عليه كما كان يرجع عليه الحائز حسن النية إلا إذ كان ذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة (أنظر بودرى وتيسيه فقرة ٩٠٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٧ ص ٥٩٦ - مازو فقرة ١٥٥٨ - نقض فرنسى ١١ فبراير سنة ١٩٣١ دالوز ٣١ - ١ - ٣٢٩ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٦ جازيت دى باليه ١٩٥٧ - ١ - ١٧٠ - وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٣ ص ٢٢٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٦٣ ص ٧٠٠) .

النية لمشتري ثان حسن النية أيضاً ولكنه لا يشتري في الظروف التي تسوغ أن يطلب تعجيل الثمن. ففي هذه الحالة يرفع المالك دعوى الاستحقاق على المشتري الثاني ، فلا يكون لهذا الأخير أن يطلب تعجيل الثمن إذ ليس له حق في ذلك . ولكنه إذا أدخل المشتري الأول خصماً ضامناً في الدعوى ، وجب على المالك أن يعجل الثمن لهذا المشتري الأول ، ولا يعجل إلا الثمن الذي دفعه المشتري الأول للسارق إذا كان هذا الثمن أقل من الثمن الذي دفعه المشتري الثاني للمشتري الأول (١) . ثم يرجع المالك على السارق بما عجله من الثمن (٢) .

(١) بودري وتيسيه فقرة ٩٠٨ .

(٢) هذا وقد صدر في فرنسا قانون ١٥ يونيو سنة ١٨٧٢ المعدل بقانون ٨ فبراير سنة ١٩٠٢ ، يضع نظاماً خاصاً يحمي مالك السندات حاملها إذا فقدها أو سرقته منه . فيمنع تداول هذه السندات ، ويستطيع المالك أن يستردها حتى من الحائز حسن النية دون أن يعجل له الثمن ، ويتمكن من قبض فوائد هذه السندات ومن قبض رأس المال ، بل ومن الحصول على نسخة أخرى من السند بدلاً من السند الذي ضاع أو سرق . أنظر في هذا القانون بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٩ - فقرة ٤١١ . ولا يوجد في مصر تشريع مقابل لهذا التشريع ، فتخضع السندات لحاملها المسروقة أو الضائعة للقواعد العامة التي سبق تفصيلها ، ولأحكام الأمر العالي الصادر في ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ وخصص بالأشياء والحيوانات الضائعة (أنظر آنفاً فقرة ٤٥٥) . وانظر استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٧٥ - ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٣٧ - ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١١ .

وقد صدر أمر عال في ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ ١٩٠١ خاص بالبيوت المالية التي تقرض نقوداً على رهونات (maisons de prêt sur gage) (المعدل بمرسوم بقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٣٨) . وتقضي المادة الأولى منه بعدم جواز إنشاء بيت مالي لتسليف النقود على رهونات بغير إذن الحكومة ، وتنظم المواد التالية كيف تصدر الرخصة لبيت التسليف وكيف يجري القرض وميعاده وشروطه وفوائده وكيف يرد وما إلى ذلك . ثم تنص المادة ١٢ على أنه « إذا حصلت المطالبة ببرد الشيء المرهون بسبب السرقة أو بأي سبب آخر ، وجب على المالك إجراء ما يأتي : أولاً - أن يثبت بالطرق القانونية حقه في الملكية . ثانياً - أن يدفع المبلغ المطلوب من رأس مال وفوائد ، ما لم يكن بلغ المسلف وقت التسليف بأن الشيء المرهون لم يكن ملكاً للمسلف أو أنه لا يمكن جازئاً للمستلف رهنه » . وقد قضت محكمة النقض الجنائية بأن التصرف في الشيء المنقول برهنه رهن حيازة لا يجوز إلا من مالك هذا الشيء . فليس إذن للدائن المرتهن لمنقول أن يرهنه باسمه ضماناً لدين عليه ، فإن فعل فلا يحتج بالعقد على المالك الحقيقي . غير أنه إن كان هذا المرتهن الأخير حسن النية وقت العقد ، أي معتقداً صحة ملكية من تعاقد معه ، ففي هذه الحالة يكون على المالك الذي يطالب ببرد ملكه أن يوفي هذا المرتهن بكل المستحق له من الدين المضمون بالرهن . وأما إذا كان سوء النية ، فإن الرهن لا يكسبه من الحقوق قبل مالك الشيء المرهون أكثر مما لديه الذي تعاقد معه فلا يلزم المالك إلا بأن يؤدي له قيمة الدين المطلوب منه لدائنه هو والذي =

المطلب الثالث

كسب ملكية الثمار

٤٦٠ - **نصوص قانونية :** تنص المادة ٩٧٨ مدني على ما يأتي :

- « ١ - يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية » .
 « ٢ - والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها ، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً » .
 وتنص المادة ٩٧٩ مدني على ما يأتي :

« يكون الحائز سىء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سىء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار » (١) .

— يخول المرتهن حبس المرهون حتى الوفاء . ولم يعين القانون طريقة لإثبات سوء نية المرتهن المتعاقد مع غير مالك ، بل ترك ذلك للقواعد العامة التي تتيح في هذه الحالة الإثبات بجميع طرق الإثبات القانونية . تلك هي الأحكام التي تملأها القواعد القانونية العامة بشأن رهن المرتهن لشيء المرهون لديه ، والتي تضمنتها المادة ١٢ من لائحة البيوت المالية للتسليف على رهون (نقض جنائي ٣ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٧١ ص ٩٠٥) . وانظر استئناف مختلط ٥ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٩٥ - محمد كامل مرسي ٤ فقرة ٤٧٥ - فقرة ٤٧٧ وكتابه في التأمينات العينية فقرة ٣٥٩ - هذا وهناك مشروع بقانون قدم إلى مجلس الأمة بإلغاء بيوت التسليف على رهونات وإحالة أعمالها على بنوك الائتمان وتنظيم عملية تصفية بيوت التسليف الحالية ولا يزال هذا المشروع منظوراً أمام مجلس الأمة .

(١) **تاريخ النصوص :** م ٩٧٨ : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن صدرت الفقرة الثانية في المشروع التمهيدي كانت تجري على الوجه الآتي : « وتعتبر الثمار ، طبيعية كانت أو استحدثتها يد الإنسان مقبوضة من يوم نقلها ... » . ووافقت لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٠٥٣ في المشروع النهائي ، على النص ، بعد تعديل صدر الفقرة الثانية على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٥٠ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٦ - ص ٥١٧) .

م ٩٧٩ : ورد هذا النص في المادة ١٤٣١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥١ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٧ - ص ٥١٨) :

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢٠٧/١٤٦ (١) .
وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
م ٩٢٩ - ٩٣٠ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٨٢ - ٩٨٣ - وفي التقنين
المدني العراقي م ١١٦٥ - ١١٦٦ (٢) .

ويخلص من هذه النصوص أن الحائز يملك الثمار بقبضها إذا كان حسن
النية ، أما إذا كان سيء النية فإنه لا يملكها ، بل يجب أن يردها للمالك بعد
أن يسترد منه ما أنفقه في إنتاجها . وعلى ذلك نبحت الحالتين الآتيتين :
(١) تملك الحائز للثمار . (٢) عدم تملك الحائز للثمار ووجوب ردها للمالك .

(١) التقنين المدني السابق : م ٢٠٧/١٤٦ : فإذا أخذ ذلك الشيء مع علمه بعدم استحقاقه
له ، كان مسئولاً عن فقده ، وملزماً بفوائده وريعه . والتقنين المدني السابق يورد قاعدة تملك
الحائز للثمار ، على أهميتها ، بطريقة عرضية محضة ، في مكان يصعب تصور وجودها فيه ، وعن
طريق الاستنتاج العكسي . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « وهذه
الأحكام الهامة التي يوردها المشروع في وضوح تام تراها في التقنين الحالي (السابق) مخفية في
ثنايا النصوص ، تستخلص عن طريق الاستنتاج العكسي في موضع لا يتصور أن يكون من نطاق
وجودها . فالمادة ٢٠٧/١٤٦ ، وهي تستعرض الحكم فيما إذا أخذ شخص شيئاً ليس له وهو
يعلم ذلك ، تنص على أنه يكون « مسئولاً عن فقده وملزماً بفوائده وريعه » . وقد استخلص
من هذا النص أن الحائز إذا كان سيء النية يكون مسئولاً عن الفوائد والريع ، أي
عن الثمار . فيستنتج من مفهوم المخالفة أنه إذا كان حسن النية لا يسأل عن الثمار ، ويخلص من كل ذلك أن
الحائز حسن النية يملك الثمار بقبضها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٨) . وقد
أقر القضاء هذا الحكم في عهد التقنين المدني السابق (استئناف وطني ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٠
الحقوق ١٥ ص ١٩٣ - ١٧ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٧٩ - ٢٤ مارس سنة ١٩٢٨
المحكمة ٨ رقم ٤٧٧ ص ٧٨٤ - استئناف مختلف ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ٢٥ ص ٣٣٠ -
١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٨٢) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٢٩-٩٣٠ (مطابق)

التقنين المدني الليبي م ٩٨٢-٩٨٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٦٥ : يملك الحائز

حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه
من المنافع مدة حيازته .

م ١١٦٦ : يكون الحائز

سيء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها ،
غير أنه يجوز له أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار .

(وأحكام التقنين العراقي تنفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري) .

§ ١ - تملك الحائز للثمار

٤٦١ - المسائل التي تبحث : المفروض هنا أن الحائز لم يملك أصل العين لا بالتقادم ولا بالحيازة في المنقول ولا بأي سبب آخر من أسباب كسب الملكية ، ويطلبه المالك برد العين التي يحوزها ^(١). فتبحث أولاً الدعاوى التي يمكن أن يطالب بها المالك الحائز برد العين . ونبحث بعد ذلك ، إذا مارد الحائز العين إلى المالك ، ماهي الشروط التي إذا هي توافرت تملك الحائز الثمار فلا يردّها مع العين إلى المالك . ثم نبحث كيف يملك الحائز الثمار إذا توافرت شروط تملكها . ونبحث أخيراً الأساس القانوني لملك الحائز للثمار .

٦٢ - الدعاوى التي يمكنه أن يطالب بها المالك الحائز برد العين :

الدعوى المألوفة التي يطالب بها المالك الحائز برد العين التي يحوزها هي دعوى الاستحقاق . والمفروض هنا أن الحائز قد استولى على عين غير مملوكة له بنية تملكها ، إما بأن يتلقاها من غير المالك أو بأن يستولى عليها دون سند ، أي سواء كان حسن النية أو سيء النية . فان كانت العين منقولا وكان الحائز حسن النية ، فقد رأينا أنه يملك المنقول بمجرد الحيازة على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم ، فلا يكون هناك مجال للمالك لا لاسترداد العين ولا لاسترداد ثمارها ^(٢) . أما إذا كانت العين عقارا ، أو كانت منقولا ولكن الحائز كان سيء النية ، فان العين تبقى على ملكية مالكها ما لم يملكها الحائز بالتقادم القصير في العقار أو بالتقادم الطويل في كل من العقار والمنقول . فاذا لم يملكها الحائز بالتقادم ، فان المالك يستردها منه . وهنا تثار مسألة الثمار ، وهل يملكها الحائز أو لا يملكها .

(١) أما إذا كان الحائز قد تملك العين بالتقادم ، فان الأثر الرجعي للتقادم يجعله يملك الثمار من وقت بدء الحيازة ، إذ يصبح مالكا من هذا الوقت . ويستوى أن تكون الحيازة بحسن نية أو بسوء نية ، فانه يملك الثمار لا بالحيازة ، ولكن باعتباره مالكا لأصل العين بأثر رجعي منذ بدء الحيازة (مازو فقرة ١٥٦٦) .

(٢) على أن هناك حالات لا يملك فيها الحائز المنقول ، ومع ذلك يملك الثمار بالقبض . من ذلك أن يكون الحائز الأصلي سيء النية ويرثه شخص حسن النية ، ويقبض هذا الثمار وهو حسن النية فيتملكها بالقبض ، ولكنه لا يملك أصل العين بالحيازة لأن مورثه كان سيء النية . ومن ذلك أيضاً أن يكون الحائز حسن النية ولكن المنقول يكون مسروقاً أو ضائعاً ، فيجوز للمالك أن يسترده في خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، ولكنه لا يسترد ما قبضه الحائز وهو حسن النية من الثمار . انظر في ذلك مازو فقرة ١٥٦٩ .

وليست دعوى الاستحقاق هي الدعوى الوحيدة التي تثار فيها مسألة الثمار ، وإن كانت هي الدعوى المألوفة كما قدمنا . فكثيرا ما تثار مسألة الثمار في الدعوى الشخصية باسترداد مادفع دون حق ، وتنص المادة ١٨٥ مدني في هذا الصدد على أنه « ١ - إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية ، فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم . ٢ - أما إذا كان سيء النية ، فإنه يلتزم أن يرد أيضا الفوائد والأرباح التي جناها ، أو التي قصر في جنبها ، من الشيء الذي تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية . ٣ - وعلى أي حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والفوائد من يوم رفع الدعوى » .

كذلك تثار مسألة الثمار فيما إذا تلقى الحائز من المالك ملكية العين بعقد باطل أو قابل للإبطال أو قابل للنقض للغبن أو قابل للفسخ أو معلق على شرط فاسخ . فاذا ما اتضح بطلان العقد . أو أبطل . أو نقض للغبن . أو فسخ ، أو تحقق الشرط الفسخ (١) ، فإن العقد لا يكون له وجود بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن . ومن ثم يسترد المالك العين من الحائز ، وهنا تثار مسألة الثمار ، وهل يملكها الحائز من وقت أن حاز العين إلى وقت ردها إلى المالك أو لا يملكها (٢) .

ونرى من ذلك أن تملك الثمار يختلف عن تملك العقار بالتقادم القصير وتملك المنقول بالحيازة . ففي الحالتين الأخيرتين رأينا الحائز يتلقى العين من غير المالك ، وهو يعتقد بحسن نية أنه يتلقاها من المالك . أما في الحالة الأولى ، وهي حالة تملك الثمار ، فقد يتلقى الحائز العين من غير المالك ثم يستردها منه المالك مع

(١) انظر في تحقق الشرط الفاسخ بلانيول وريبير وبولانجيه فقره ٢٧٩٨ - بودري وشوفو فقره ٣٠٣ (ويستند عدم جواز استرداد الثمار إلى أن قبضها يعد من أعمال الإدارة التي لا تتأثر بالأثر الرجعي للفسخ) . شفيق شحاته فقره ٨٥ ص ١١١ .

(٢) أنظر أوبري ورو ٢ فقره ٢٠٦ ص ٣٧٦ - بودري وشوفو فقره ٢٩٨ - فقره ٣٠٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقره ١٨١ . مارتق ورينو فقره ٤٤ ص ٥٣ - ص ٥٤ - وقد يرد نص خاص في مجالات معينة ، فتسرى الأحكام التي وردت في هذا النص (انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقره ١٨٣ ، وبوردون النصوص الآتية في التقنين المدني الفرنسي : المواد ٨٥٦ و ٩٢٨ و ٩٥٨ و ٩٦٢ و ١٩٨٢ من هذا التقنين) .

الثمار أو غيرها ، أو يتلقاها من المالك نفسه بعقد معيب يزول بأثر رجعي فيسترد المالك العين مع الثمار أيضاً أو غيرها .

٤٦٣ - الشروط الواجب توافرها حتى يملك الحائز الثمار فهو يرد لها

مع العين إلى المالك : المفروض أن الحائز قد حاز العين بنية تملكها فتوافر في الحيازة عنصراها المادى والمعنوى ، وأن الحيازة خالية من العيوب ، وقد تقدم الكلام في ذلك . وحتى يتمسك الحائز بتملكه الثمار بقبضها . فلا يرد لها إلى المالك ، في دعوى من الدعاوى التى يطالب فيها المالك الحائز برد العين والتى تقدم ذكرها . يجب أن يكون الحائز حسن النية . ولكن ليس من الواجب أن يكون لديه سبب صحيح . وقد رأينا ^(١) الفقرة الأولى من المادة ٩٧٨ مدنى تقول : « يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية » . ولم يذكر النص السبب الصحيح شرطاً لملك الثمار . كما ذكره في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير ^(٢) . وكما ذكره في تملك المنقول بالحيازة ^(٣) .

ونلاحظ منذ الآن تدرج التقنين المدنى المصرى في اشتراط السبب الصحيح . فهو يتطلبه شرطاً مستقلاً عن حسن النية ، ويلقى عبء إثباته على الحائز . في التقادم المكسب القصير . ويتطلبه كذلك شرطاً مستقلاً عن حسن النية ، ولكن يفترضه ويلقى عبء إثبات العكس على المالك ، في تملك المنقول بالحيازة . ولا يتطلبه أصلاً ، ويكتفى بشرط حسن النية ، في تملك الثمار .

ونتكلم الآن في اشتراط حسن النية ، ثم نتكلم في عدم اشتراط السبب الصحيح .

٤٦٤ - اشتراط حسن النية : حسن النية هنا يختلف معناه عن المعنى

الذى ذكرناه في التقادم المكسب القصير وفي تملك المنقول بالحيازة . ففي هاتين الحالتين الأخيرتين ذكرنا أن حسن النية هو جهل الحائز بأنه تعامل مع غير المالك ، أما علمه بالعيوب الأخرى التى تشوب السند الذى تلقى به العين من غير المالك فلا يؤثر في حسن نيته . فقد يكون عالماً بأن هذا السند قابل

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠ .

(٢) م ٩٦٩ مدنى آنفاً فقرة ٤١٧ .

(٣) م ٩٧٦ مدنى آنفاً فقرة ٤٢٥ .

للإبطال أو قابل للنقض ، ومع ذلك يبقى حسن النية ما دام يعتقد أن من تلقى منه العين هو المالك لها . أما هنا ، في تملك الثمار ، فحسن النية معناه جهل الحائز بعيوب سنده جميعا ، أيا كانت هذه العيوب . فقد يكون تعامل مع غير المالك ، فاذا جهل ذلك واعتقد أن من تلقى منه العين هو المالك ، فهو حسن النية (١) ، إذا لم يكن السند تشوبه عيوب أخرى . فان كانت عيوب أخرى تشوبه ، وجب أن يكون جاهلا لهذه العيوب أيضا حتى يكون حسن النية . وإذا كان قد تعامل مع المالك ، وكان سنده مشوبا بعيب ، كأن كان باطلا أو قابلا للإبطال أو قابلا للنقض ، وجب أن يكون جاهلا بالعيب حتى يكون حسن النية . فحسن النية في تملك الثمار معناه إذن أن يعتقد الحائز أنه يملك العين التي أنتجت هذه الثمار ملكا صحيحا لا تشوبه شائبة ، وأن ملكية العين قد انتقلت إليه من مالكة انتقالا صحيحا باتا ، فأصبح هو المالك للعين ، وتبعاً لذلك أصبح مالكا للثمار (٢) .

ولا أهمية للسبب الذي يعتقد الحائز أن ملكية العين قد انتقلت إليه بموجبه . فقد يكون هذا السبب تصرفا ناقلا للملكية ، كبيع أو وصية ، صادرا من غير مالك أو صادرا من المالك . وقد يكون السبب واقعة مادية كالميراث ، سواء كان الحائز وارثا فعلا (٣) أو غير وارث ما دام يعتقد أنه وارث . بل قد يكون السبب هو الاستيلاء ، وهو سبب يكسب الملكية ابتداء ولا ينقلها . فاذا استولى شخص على مال اعتقد أنه مباح لا مالك له وأنه قد تملكه بالاستيلاء ،

(١) ولا يعتبر الحائز سوء النية حتماً لمجرد أن من تعامل معه قد اشترط عليه عدم ضمان الاستحقاق ، لقد يكون حسن النية بالرغم من وجود هذا الشرط (ديمر لومب ٩ فقرة ٦٠٣ - بودري وشوفو فقرة ٣٠٥ ص ٢١٧) . ومن وضع يده على عقار بموجب حكم صدر لصالحه يمكن أن يعتبر وضع يده بنية حسنة حتى في حالة معارضة واضح اليد المتزع منه العقار في تسليمه عنه التنفيذ (استئناف وطني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٧١ ص ١٦٥) .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٧٧ - ص ٣٧٨ - مازو فقرة ١٥٧٠ - نقض فرنسي ١٩ ديسمبر سنة ١٩٦٤ سيريه ٦٥ - ١ - ١٨ - ولا ينقضى حسن النية أن يعلم الحائز أن السند الذي يملك بموجبه العين في حاجة إلى تصديق المحكمة لأنه صادر من وصي على القاصر ، إذا اعتقد أن هذا التصديق سيصدر حتماً من المحكمة لأن العقد في مصلحة القاصر (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٦ وهاش ١٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٦ ص ١٨٦) .

(٣) ولكن عليه أن يرد الثمار التي قبضها مورثه قبله إذا كان المورث سوء النية ، هل أن يكون ذلك في حدود نصيب الوارث في التركة (شفيق شحاته فقرة ٨٧) . وسبق بيان ذلك .

ثم تبين أن المال له مالك ، واسترده المالك من الحائز ، جاز لهذا الأخير أن يتمسك بحسن نيته لتملك الثمار . فالمهم إذن كما قدمنا أن يعتقد الحائز أنه يملك العين التي أنتجت الثمار بأي سبب من أسباب كسب الملكية . وأن يعتقد أن هذه الملكية لا شائبة فيها ، حتى يكون حسن النية فيتملك الثمار بالقبض .

ولما كان المفروض أن الحائز لم يملك العين التي أنتجت الثمار ، فلا بد أن يكون قد وقع في غلط وهو يعتقد أنه ملكها . ولا بد أن يكون هذا الغلط مغتفرا (excusable) ، فالغلط غير المغتفر (inexcusable) ينفي حسن النية . ويستوى أن يكون الغلط غلطاً في الواقع أو غلطاً في القانون (١) ، ما لم يكن الغلط في القانون متعلقاً بمسألة تعتبر من النظام العام ، فعند ذلك يكون الغلط غلطاً غير مغتفر وينفي حسن النية (٢) .

ويجب أن يتوافر حسن النية على الوجه الذي بيناه في الوقت الذي يقبض فيه الحائز الثمار ، فإذا توافر قبضه للثمار وجب أن يكون حسن النية في كل مرة يقبض الثمار فيها (٣) . وعلى ذلك إذا تلقى الحائز العين من مورثه ، وكان المورث سيء النية والوارث حسن النية ، لم يؤثر سوء نية المورث في حسن نية الوارث . ويتملك الوارث الثمار التي يقبضها بعد موت المورث ، ما دام حسن النية وقت قبضها (٤) . أما الثمار التي قبضها المورث وهو سيء النية ، فهذه

(١) بودري وشوفو فقرة ٢١٠ ص ٢١٩ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٧٨ - ص ٣٧٩ - بلا نيول وريبير وبيكار ٣

فقرة ١٧٦ ص ١٨٦ - اسماعيل غانم ص ١٤١ .

(٣) استئناف مختلف ٢٤ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٦١ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م

١٣ ص ٤٦ - ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣٠ - ١٤ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٢٢ -

١٢ يونيو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ١٩ - استئناف وطني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ المجموعة

الرسمية ٤ رقم ٤١ ص ١٦٥ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣٧ ص ٧٩ -

شفيق شحاته فقرة ٨٧ ص ١١٢ - محمد علي عرفه ٢ فقرة ١٠٤ ص ١٩٤ - عبد المنعم البدر اوى

فقرة ٢٨ ص ٣٧ - ص ٣٨ .

فإذا قبض الحائز الثمار مرة وهو حسن النية تملكها ، ولا يهم بعد ذلك أن يصبح سيء النية

فسوء النية اللاحق لا يؤثر في تملكه الثمار التي قبضها وهو حسن النية ، وإنما يمنعه من تملك الثمار

التي يقبضها بعد ذلك وهو سيء النية (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٣ - مازو فقرة

١٥٧٠ ص ١٢٥٥) .

(٤) محمد علي عرفه ٢ فقرة ١٠٤ ص ١٩٤ .

يجب ردها للمالك . وإذا لم تكن قد ردت في حياة المورث كانت ديناً على التركة ، ولم تخلص التركة للوارث إلا بعد وفاء هذا الدين . وإذا فرضنا العكس وكان المورث حسن النية والوارث سيء النية ، فهنا أيضاً لا يؤثر حسن نية المورث في سوء نية الوارث . ويتملك المورث الثمار التي يكون قد قبضها مادام أنه كان حسن النية وقت قبضها ، ولا يتملك الوارث الثمار التي يقبضها إذ أنه سيء النية (١) .

والمفروض أن الحائز حسن النية حتى يثبت المالك سوء نيته ، إذ أن حسن النية مفترض حتى يقوم الدليل على العكس (م ٣/٩٦٥ مدني) (٢) . فإذا كان السند الذي تلقى به الحائز العين يشوبه عيب ، لم يكلف الحائز إثبات أنه كان يجهل هذا العيب وقت قبض الثمار ، بل على المالك إذا أراد استرداد الثمار أن يثبت هو أن الحائز كان عالماً بالعيب وقت القبض . وإذا قضى للمالك بالثمار ، وجب أن يذكر الحكم صراحة أن الحائز كان سيء النية وقت قبضه إياها (٣) .

(٦) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨١ هامش ٢٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣

فقرة ١٧٦ ص ١٨٧ .

(٧) أنظر عكس ذلك وأن على الحائز أن يثبت حسن نيته بودري وشوفو فقرة ٣١١ .

(٨) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٧ ص ١٨٨ - نقض فرنسي ٣ مايو سنة ١٨٦٩ واللوز ٦٩ - ١ - ٢٥٤ - ويذهب رأي في الفقه الفرنسي (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٧ ص ١٨٨ - وانظر أيضاً في الفقه المصري شفيق شحاته فقرة ٨٦) إلى أن حسن نية الحائز إذا كان يرجع إلى غلط في الواقع كان مفترضاً وكلف المالك إثبات سوء نية الحائز ، أما إذا كان حسن النية يرجع إلى غلط في القانون فإن حسن النية لا يفترض ويجب على الحائز أن يثبت هو أنه وقع في هذا الغلط - ولكن القضاء الفرنسي لم يساير هذا الرأي، وهو يفترض حسن نية الحائز سواء كان الغلط في الواقع أو كان في القانون (نقض فرنسي ١١ يناير سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٧ - ١ - ٢٢٥) . ورأي القضاء الفرنسي هو الذي نقف عنده (انظر محمد علي عرفه ٢ فقرة ١٠٤ ص ١٩٦) ، إذ لا محل للتمييز في افتراض حسن النية بين الغلط في الواقع والغلط في القانون ، وقد سبق أن استبعدنا هذا التمييز في حسن النية في التقادم المكسب القصير (آنفاً فقرة ٤٣٤) ، كما استبعدناه في حسن النية في تملك المنقول بالحيازة (آنفاً فقرة ٤٤٥ في آخرها) . على أن الأمر محدود الأهمية من الناحية العملية ، فالذي يقع في العمل أن الحائز نفسه هو الذي يبادر إلى إثبات حسن نيته ، سواء كان الغلط في الواقع أو في القانون ، ليثبت أن الغلط كان مفترقاً ، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر في النهاية ما إذا كان الحائز حسن النية (انظر آنفاً فقرة ٤٣٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٧ ص ١٨٨) .

وإذا تقدم المالك لإثبات سوء نية الحائز ، جاز له أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ، لأن سوء النية واقعة مادية فيجوز إثباتها بالبينة والقرائن (١) . وقد يلجأ إلى إثبات أن الحائز لم يتخذ الاحتياطات الأولية للتثبت من أن ملكية العين قد انتقلت إليه ، ويتخذ من ذلك قرينة على أن الغلط الذي وقع فيه الحائز كان غلطاً غير مغتفر فيكون في حكم سوء النية (٢) .

٤٦٥- عدم اشتراط السبب الصحيح : رأينا أن التقنين المدني المصري (م ١/٩٧٨ مدني) (٣) لم يشترط وجود السبب الصحيح إلى جانب حسن النية حتى يملك الحائز الثمار . وأن حسن النية وحده يكفي . وعندما حللنا شرط حسن النية (٤) . رأينا أن الحائز يستند عادة في حسن نيته إلى اعتقاده بوجود سبب قانوني كسب به ملكية العين التي انتجت الثمار ملكية خالصة من كل شائبة . ولكن ذلك ليس معناه أن هذا السبب القانوني يجب أن يكون تصرفاً ناقلاً للملكية كما هو الأمر في السبب الصحيح في كل من التقادم المكسب القصير وتملك المنقول بالحيازة . إذ قد يكون واقعة مادية كال ميراث . أو يكون سبباً يكسب به الحائز الملكية ابتداءً كالاستيلاء . كذلك ليس من الضروري أن يكون هذا السبب القانوني شرطاً مستقلاً عن شرط حسن النية ، كما يطلب ذلك في السبب الصحيح في التقادم المكسب القصير وفي تملك المنقول بالحيازة . بل ليس من الضروري أن يكون هذا السبب القانوني عنصراً من عناصر حسن النية ، كما هو الأمر في السبب الصحيح الذي يشترطه التقنين المدني الفرنسي في تملك الحائز للثمار .

(١) وهي من مسائل الواقع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض متى كان الحكم مبنياً على أسباب سائغة . وقد قضت محكمة النقض بأن إذا كان الحكم قد أسس انتفاء حسن النية لدى واضع اليد (وزارة الأوقاف) على علمها بحجج الوقف جميعاً ، وعلى ما كان منها من الاكتفاء بقول موظف لديها في شأن هذه الحجج ، وعلى وضع يدها على الوقف المتنازع عليه واستغلالها إياه بصفته ناظرة دون أن تستصدر بهذه النظارة حكماً من جهة القضاء ، فلا سبيل للجدل في هذا التقدير لدى محكمة النقض (نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٧ رقم ١١) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٤٥ في آخرها .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٦٣ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤٦٤ .

ذلك بأن المادة ٥٥٠ مدنى فرنسى ، عندما تعرف حسن النية فى تملك الحائز للثمار ، تقول : « يكون الحائز حسن النية ، إذا حاز بنية التملك بموجب سند ناقل للملكية ، وكان يجهل عيوب هذا السند . وينتفى حسن نية الحائز بمجرد أن تصبح هذه العيوب معروفة له » . فيشترط التقنين المدنى الفرنسى إذن وجود السبب الصحيح فى تملك الحائز للثمار ، ويعرفه بأنه سند ناقل للملكية . ولكنه لا يعتبر السبب الصحيح شرطا مستقلا عن شرط حسن النية ، بل يعتبره مندمجا فيه ، وعنصرا جوهريا من عناصره ، وعلى أساسه يقوم المبرر للقول بتوافر شرط حسن النية (١) . وعلى ذلك يجوز أن يكون السبب الصحيح تصرفا باطلا لا وجود له قانونا ، أو تصرفا ظنيا لا وجود له فعلا (٢) . فإذا كان تصرفا ظنيا لم يفترض وجوده ، بل يقع على الحائز عبء إثبات أنه كان عنده من الأسباب المعقولة ما يبرر اعتقاده بوجود هذا التصرف . فيكون هذا استثناء من افتراض حسن النية ، إذ يكون على الحائز إثبات حسن نيته باثبات اعتقاده بوجود التصرف الظنى (٣) .

ومع أن السبب الصحيح الذى يشترطه القانون الفرنسى لتملك الحائز للثمار قد آل على هذا النحو إلى أن يندمج فى شرط حسن النية فلا يتميز عنه بوجود مستقل ، إلا أنه لا زال شرطا يستند إليه الحائز فى توافر حسن نيته ، بل يجب عليه اثباته إذا كان تصرفا ظنيا كما قدمنا . فلا تزال هناك فروق بين القانون المصرى الذى لا يشترط السبب الصحيح أصلا فى تملك الحائز للثمار ، وبين القانون الفرنسى الذى يشترط السبب الصحيح وإن كان قد أدمجه فى شرط

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٣ ص ١٨٥ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ هامش ١١ وهامش ١٥ - بودرى وشوفو فقرة ٣٠١ وفقرة ٣١٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٤ - فقرة ١٧٥ . فإذا وضع شخص يده على عقار بموجب وصية كان الموصى قد رجع عنها ، فهذا السبب الصحيح ظنى ، وهو يكفى لتملك الثمار ، ولكنه لا يكفى لتملك العقار نفسه بالتقادم القصير (نقص مدنى ٢٢ مايو سنة ١٩٣٥ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٥ رقم ٦٦ ص ٢٤٨ - استئناف مختلط ١٦ يونيو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٧٢ - شفيق شحاته فقرة ٨٥ ص ١١١ - عبد المنعم فرج الصلة فقرة ٤٧٠) .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٠ - بودرى وشوفو فقرة ٣١٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٧ ص ١٨٨ - شفيق شحاته فقرة ٨٦ ص ١١٢ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٢٨ ص ٣٧ .

حسن النية . ونذكر بوجه خاص من هذه الفروق فرقين : (١) لا يزال الحائز ، حتى يتملك الثمار في القانون الفرنسي ، في حاجة إلى الاستناد إلى تصرف ناقل للملكية (titre translatif de propriété) حتى يوجد عنده السبب الصحيح الذي تشترطه صراحة المادة ٥٥٠ مدني فرنسي كما رأينا . أما في القانون المصري ، فقد رأينا أن الحائز ليس في حاجة إلى أن يستند إلى تصرف ناقل للملكية ، فأى سبب مكسب للملكية يكفي ، ومن ثم يكفي السبب المكسب للملكية ابتداء كالاستيلاء ، كما يكفي التصرف الكاشف عن الملكية كالقسمة والصلح (١) . (٢) إذا استند الحائز في القانون الفرنسي إلى تصرف قانوني ظني ، وجب عليه إثباته كما قدمنا . أما في القانون المصري ، فترى أن الحائز لا يطلب منه إثبات السبب الظني ، فان حسن نيته مفترض ويتناول هذا الافتراض حسن النية حتى لو استند فيه الحائز إلى تصرف ظني (٢) .

٤٦٦- كيف يملك الحائز الثمار : إذا توافرت الحيازة وحسن النية

على الوجه الذي قدمناه . تملك الحائز الثمار . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٨ مدني ، كما رأينا (٣) . على ما يأتي : « والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها ، أما الثمار المدينة فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً » . وقد قدمنا في الجزء الثامن من الوسيط (٤) أن الثمار هي كل ما ينتجه الشيء

(١) وينتقد الفقه الفرنسي اشتراط التقنين المدني الفرنسي أن يكون السند ناقلاً للملكية ، وكان ينبغي أن يكون السند الكاشف عن الملكية كالقسمة والصلح كافياً (مازو فقرة ١٥٧٣) .
(٢) ويعتبر سبباً ظنياً ما يستند إليه الوارث الظاهر حسن النية ، فهو يعتقد أنه وارث وهذا سبب لا وجود له ، ومع ذلك يكسب الثمار لحسن نيته . وكذلك من يتلقى بالميراث الحيازة من مستأجر أو مودع عنده أو غيرها من حيازته عرضية ، إذا اعتقد أن مورثه مالك ، لا يستطيع كسب ملكية العين إلا إذا تغيرت صفة حيازته ، ولكنه يملك الثمار لحسن نيته (محمد على عرفه فقرة ١٠٥ ص ١٩٨) . ويعتبر سبباً ظنياً كذلك الاستحقاق في وقت بناء على تفسير خاطيء لشروط إنهاء الوقف ، وقد قضى بأنه إذا تسلم شخص بحسن نية جزءاً من ريع وقف على اعتقاد أنه من المستحقين فيه ، ثم صدر بعد ذلك حكم شرعي فسر شروط الوقف بعكس ما كان يعتقد ناظر الوقف والمستحقون فيه ، كان المستحق الذي استبعده الحكم الشرعي المذكور مستولياً على الريع بحسن نية (نقض مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٦ ص ٧٩٣ - استئناف مصر ٣٠ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٩١ ص ٣٩٦) .
(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠ .
(٤) فقرة ٣٦٣ - فقرة ٣٦٤ .

من غلة دورية متجددة ، وتميز الثمار بأمرين : (١) أنها غلة دورية متجددة ،
 أى أنها تتجدد عادة فى أوقات متعاقبة منتظمة دون انقطاع . (٢) أنها مع
 تفرعها عن الشئ لم تمس أصله ولا تنتقص منه ، بل يبقى الأصل على حاله
 دون نقصان . ويجب التفريق بين الثمار (fruits) والمنتجات (produits)
 فالمنتجات هى كل ما يخرج من الشئ من ثمرات غير متجددة ، وتميز بعكس
 ما تتميز به الثمار : (١) فهى غير دورية ولا متجددة ، بل تخرج من الشئ
 فى أوقات متقطعة غير منتظمة . (٢) وهى تمس أصل الشئ وتنتقص منه ،
 فالمعادن التى تخرج من المناجم والأحجار التى تخرج من المحاجر والأشجار التى
 تخرج من الغابات هى فى الأصل منتجات لا ثمار ، لأنها تنتقص من المناجم
 والمحاجر والغابات . وتنتهى إلى أن تنفذ بعد وقت يطول أو يقصر . على أنه
 إذا أعد المنجم أو المحجر أو الغابة للاستغلال بحيث يمكن الحصول منها على إيراد
 دورى متجدد . فأعد المنجم لاستخراج ما به من معادن والمحجر لقطع ما فى جوفه من
 أحجار والغابة لخير ما تحتويه من أشجار . فان ما ينتج منها فى هذه المواعيد
 الدورية يعتبر ثماراً ولو كان من شأنه المساس إلى حد ما بأصل الشئ . أما إذا
 لم يعد المنجم أو المحجر أو الغابة للاستغلال . فان المعادن والأحجار والأشجار
 تعد منتجات لا ثماراً (١) . وتعتبر أقساط الإيراد المرتب مدى الحياة من
 المنتجات لا من الثمار لأنها تنتقص من الأصل إلى أن ينفد بموت صاحب
 الإيراد وذلك بالرغم من أن الأقساط دورية متجددة ، أما أقساط الإيراد الدائم
 فهذه ثمار لا منتجات لأنها دورية متجددة ولا تنتقص من الأصل ، شأنها
 فى ذلك شأن فوائد رؤوس الأموال والأسهم والسندات . ويعتبر نتاج الحيوان
 من المنتجات لا من الثمار . لأنه إذا كان لا ينتقص من الأصل إلا أنه غير
 دورى (٢) .

(١) انظر الوسيط ٨ فقرة ٣٦٤ ص ٥٨٩ هامش ٤ .

(٢) انظر الوسيط ٨ فقرة ٣٦٤ ص ٥٩٠ - وهناك رأى يذهب إلى أنه من الثمار الطبيعية
 لا من المنتجات (الوسيط ٨ فقرة ٣٦٣ ص ٥٨٩ هامش ١ : وقارن استئناف مصر ١٢ مارس
 سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٤ رقم ٤٩ ص ١٠٣) . والكنز يملكه صاحب الأرض ، فيجب إذن
 على الحائز رده كنه إلى المالك (انظر فى القانون الفرنسى حيث يملك صاحب الأرض نصف الكنز
 فيجب رده إليه أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٧ - ص ٣٨٨) .

وبعد أن فرقنا بين الثمار والمنتجات على هذا النحو ، يجب القول بأن الذى يملكه الحائز بالحيازة هى الثمار لا المنتجات . والثمار على أنواع ثلاثة :

١ - ثمار طبيعية (fruits naturels) ، وهى من عمل الطبيعة لا دخل للإنسان فيها . كالكلاً والأعشاب التى تنبت فى الأرض دون عمل الإنسان . وهذه يملكها الحائز بفصلها من الأرض وحيازتها ، بشرط أن يكون حسن النية وقت الفصل والحيازة كما سبق القول . ولا يشترط أن يستهلكها أو أن ينقلها من مكانها .

٢ - ثمار صناعية أو مستحدثة (fruits industriels) ، وهى التى ينتجها عمل الإنسان ، كالمزروعات وفواكه البساتين وخشب الأشجار إذا كانت معدة للقطع على وجه دورى منتظم وعسل النحل وحرير دورة القز . وهذه كالثمار الطبيعية يملكها الحائز بفصلها وحيازتها وهو حسن النية وقت الفصل والحيازة (١) . ولا يشترط هنا أيضاً أن يستهلكها ، أو أن ينقلها من مكانها .

٣ - ثمار مدنية (fruits civils) ، وهى الربيع الدورى المتجدد الذى يقبضه مستثمر الشئ من الغير لقاء نقل منفعة الشئ إلى هذا الغير ، وذلك كأجور المساكن والأراضى الزراعية (٢) . وفوائد الأسهم والسندات ورؤوس الأموال بوجه عام ، وما تدفعه مصلحة المناجم والمهاجر لصاحب الأرض من الإيجار لقاء استغلال المنجم أو المحجر . وهذه الثمار المدنية يملكها الحائز يوماً فيوماً ولو لم تقبض فعلاً ، ما دام الحائز باقياً على حسن نيته . فاذا انقطع حسن النية أو انتهت الحيازة ، لم يملك الحائز منها إلا ما كان مستحقاً يوم انقطاع حسن النية أو انتهاء الحيازة ، فاذا عجل له منها ما يجاوز

(١) أما إذا انفصلت لا بفعل الحائز ، بل بفعل الغير أو بقوة قاهرة ، فإن الحائز لا يملكها ، لأن تملك الحائز للثمار يقوم على عمل إرادى صادر منه هو الاستيلاء على الثمار أو حيازتها ، وهذا غير متحقق فيما نحن بصدده (شفيق شحاته فقرة ٨٤ ص ١٠٩) .

(٢) أما نصيب صاحب الأرض فى المزارعة فيعتبر من الثمار الصناعية (الوسيط ٨ فقرة ٣٦٣ ص ٥٨٩ هامش ٢) ، فلا يملكه الحائز إلا بفصله وحيازته وهو حسن النية وقت الفصل والحيازة .

هذا اليوم استبقى ما كان مستحقا إلى هذا اليوم ورد الباقي إلى المالك (١) .

٤٦٧ - الأساس القانونى لتملك الحائز للثمار : يملك الحائز الثمار بمجرد

قبضه لها على النحو الذى قدمناه ، ويكون سبب الملكية هنا هى الحيازة المقترنة بحسن النية ، وهى حيازة تقع على الشئ الأصيل الذى انتج الثمار ثم على الثمار نفسها بقبضتها . فالحيازة هنا أيضا ، كما فى تملك المنقول بالحيازة (٢) ، هى سبب الملكية . ولكن لا يجوز اعتبار قاعدة تملك الحائز للثمار تطبيقا لقاعدة تملك المنقول بالحيازة ، فالحائز يملك الثمار لاعتبارات تختلف عن الاعتبارات التى يملك الحائز من أجلها المنقول ، ثم إن كلا من القاعدتين تختلف عن الأخرى فى نطاق تطبيقها ، وفى شروط هذا التطبيق (٣) .

أما أن الاعتبارات تختلف ، فذلك لأن قاعدة تملك المنقول بالحيازة تقوم على أساس استقرار التعامل فى المنقول كما قدمنا (٤) ، أما قاعدة تملك الحائز للثمار فتقوم على اعتبارات أخرى . ذلك أن الحائز للعين وهو يعتقد أنها ملكه بجنى ثمارها ، وهو يعتقد بداهة أنها مملوكة له . وهو يستهلكها فى العادة ، بل هو يرتب حياته على أنها ملكه حتى قبل أن يستهلكها ، دون أن يخطر فى باله أنه مسئول عن ردها لأحد . وما دام هو حسن النية وقت أن يقبض .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: « وتعتبر الثمار مكسوبة من وقت قبضها إذا كانت غير مدنية ، فإن كانت مدنية فإنها تكسب يوماً فيوماً ، حتى لو عجلت أو تأخر دفعها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٨) .

أما فى القانون الفرنسى ، فلا يملك الحائز الثمار إلا بقبضها ، تستوى فى ذلك الثمار الطبيعية والثمار الصناعية والثمار المدنية . فالقبض من الثمار المدنية لا يملكه الحائز ولو كان ميعاد استحقاقه قد حل ، على أن الحائز يعتبر قد قبض الثمار المدنية فيملكها إذا كان المدين قد أقر بمديونيته نحو الحائز مباشرة أو كان الحائز قد نزل عنها للغير بطريق الحوالة (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٦ - ص ٣٨٧ و هامش ٢٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٩ - مازو فقرة ١٥٧٧) . وإذا تعجل الحائز قبض الثمار المدنية قبل استحقاقها ، رد ما تعجله منها قبل استحقاقه (كولان كاييتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢٢٥) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٥٠ .

(٣) انظر عبد الفتاح عبد الباقي فى رسالته فى دور الحيازة فى المنقول ص ٣٥٠ -

ص ٣٥٧ - شفيق شحاته فقرة ٨٣ - محمد على عرفه ٢ فقرة ١٠٤ ص ١٩٣ هامش ٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٧ - حسن كيرة ص ١١١ - ص ١١٢ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤٣٥ فى آخرها .

الثمار ، وما دام جهله أنها غير مملوكة له يقوم على غلط معتذر ، فمن العدل أن يتقدم القانون لحمايته ، ويعتبره مالكا لها فعلا ، فلا يكون مسئولاً عن ردها. وبين المالك للعين الذي تركها في أيدي الناس حتى وقعت في يد حائر حسن النية ومن ثم لا يخلو من اللوم ، وبين الحائر حسن النية الذي لم يرتكب خطأ في استهلاكه لثمار يعتقد أنها مملوكة له ، الحائر حسن النية الذي لم يرتكب خطأ هو الأولى بالرعاية من المالك للعين الذي يمكن أن ينسب إليه شيء من الخطأ. وقد عرف القانون الروماني قاعدة تملك الحائر للثمار للاعتبارات التي قدمناها، دون أن يعرف قاعدة تملك المنقول بالحيازة لأنها مبنية على اعتبارات أخرى. لم يأخذ بها (١).

وأما أن نطاق التطبيق يختلف ، فذلك من وجهين : (١) نطاق قاعدة تملك المنقول بالحيازة يتناول المنقول كشيء أصلي (chose principale) ، يمتلكه الحائر باعتبار أنه هو الأصل لا باعتبار أنه تابع لشيء آخر. أما نطاق قاعدة تملك الحائر للثمار فمقصود على الثمار باعتبارها شيئاً تابعاً (chose accessoire) فالحائر لا يمتلك الشيء الأصلي الذي أنتج الثمار ، إنما يمتلك توابعه وهي الثمار ، ولا يمتلك من التوابع إلا الثمار فلا يمتلك المنتجات. لذلك كانت قاعدة تملك المنقول بالحيازة ، وتتناول الشيء الأصلي بما يشتمل عليه من توابع ، أشد في شروطها ، من بعض الوجوه ، من قاعدة تملك الحائر للثمار وهي القاعدة التي تقتصر على الشيء التابع دون الشيء الأصلي. (٢) نطاق قاعدة تملك المنقول بالحيازة ينحصر في منقول مادي معين بالذات أو حق عيني في هذا المنقول ، ولا يتناول المجموع من المال ، وقد سبق بيان ذلك (٢). أما نطاق قاعدة تملك الحائر للثمار ، فيستوى فيها أن يكون الشيء الذي ينتج الثمار شيئاً معيناً بالذات أو مجموعاً من المال ، فالوارث الظاهر إذا ردى إلى الوارث الحقيقي نصيبه في التركة يمتلك الثمار التي جناها من هذا النصيب إذا كان حسن النية (٣).

(١) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٧٢ ص ١٨٤ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير

١ فقرة ١٢٢٧ ص ١٠٠٣ - مازو فقرة ١٥٦٨ - مارق ورينو فقرة ٤٤ ص ٤١ - ص ٥٢

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٤٠ - فقرة ٤٤٢ .

(٣) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٧٢ ص ١٨٤ - نقض فرنسي ١٠ مايو سنة

١٨٥٩ دالوز ٥٩ - ١ - ٤٢٢ - ١١ يولييه سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ١ - ٣١٥ .

وأما أن الشروط تختلف ، فيظهر ذلك إذا قارنا شروط تملك المنقول بالحيازة بشروط تملك الحائز للثمار في القانون المصري ، فتجد أن هناك فروقا بين القاعدتين أهمها ما يأتي : (١) في تملك المنقول بالحيازة ، يشترط وجود السبب الصحيح شرطا مستقلا عن شرط حسن النية ، وإن كان يفترض وجوده. أما في تملك الحائز للثمار ، فلا يشترط وجود السبب الصحيح أصلا ، ولو كعنصر من عناصر حسن النية . (٢) في تملك المنقول بالحيازة ، المفروض دائما أن الحائز قد تعامل مع غير المالك . أما في تملك الحائز للثمار ، فقد يتعامل الحائز مع غير المالك أو مع المالك . (٣) في تملك المنقول بالحيازة ، حسن النية معناه أن الحائز يعتقد أنه تعامل مع المالك ، في حين أنه يكون قد تعامل مع غير المالك. أما في تملك الحائز للثمار ، فحسن النية معناه أن يجهل الحائز عيوب سنده ولو تعامل مع المالك ، فيعتقد أن ملكية العين قد خلصت له دون شائبة . (٤) في تملك المنقول بالحيازة ، يكفي أن يتوافر حسن النية وقت بدء الحيازة ، فيتملك الحائز المنقول في الحال . وينتقل المنقول إلى وارثه حتى لو كان هذا سيء النية . أما في تملك الحائز للثمار ، فيجب أن يتوافر حسن النية وقت القبض في كل مرة يقبض فيها الحائز الثمار ، ولا يكفي أن يكون حسن النية في الثمار التي يقبضها أولا إذا انقطع حسن نيته فيما يقبض بعد ذلك من ثمار ، بحيث أن المورث لو كان حسن النية وتملك الثمار بالقبض فإن الوارث لا يملكها إذا كان سيء النية (١) .

§ ٢ - عدم تملك الحائز للثمار ووجوب ردّها للمالك

٤٦٨ - متى لا يملك الحائز الثمار : قدمنا أن الحائز لا يملك الثمار إلا إذا كان حسن النية وقت قبضها ، وعلى ذلك لا يملكها في الأحوال الآتية : (١) إذا كان سيء النية منذ البداية . (٢) إذا كان حسن النية في أول الأمر ، ثم أصبح سيء النية بعد ذلك . (٣) منذ أن يرفع عليه المالك الدعوى بالاسترداد حتى لو ظل حسن النية بعد رفع الدعوى .

(١) انظر في هذه الفروق في القانون الفرنسي بودرى وتيسيه فقرة ٨٧٨ - كولان وكايتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢٢٧ .

٤٦٩- الحائز الأولي- الحائز سىء النية من البراية : إذا كان الحائز ،

وهو يضع يده على العين التي تنتج الثمار ، سىء النية منذ البداية ، كأن ورثها وهو يعلم أنها غير مملوكة لمورثه ، أو أخذها بوصية يعلم أن الموصى قد عدل عنها (١)، أو اغتصبها ، أو اشتراها من غير مالك وهو يعلم أن البائع لا يملكها ، أو اشتراها من مالك بعقد مشوب بعيب وهو يعلم هذا العيب ، فانه لا يملك الثمار بالحيازة ما دام أنه سىء النية . فاذا رفع المالك دعوى على الحائز سىء النية يسترد بها العين ، فانه يستردها ويسترد معها جميع الثمار التي قبضها الحائز أو التي قصر في قبضها على ما سرى (٢) .

ولا يمتنع على المالك أن يسترد من الحائز سىء النية ثمار العين إلا في أحد الفروض الآتية : (١) إذا تملك الحائز سىء النية العين بالتقادم الطويل ، فانه يكسب تبعاً للملكية العين ملكية ثمارها ، حتى الثمار التي لم يمض على قبضها مدة خمس عشرة سنة ، وذلك بفضل الأثر الرجعي للتملك بالتقادم (٢) . (٢) إذا تملك الحائز سىء النية الثمار بالتقادم الطويل ، استقلالاً عن أصل العين . فقد لا يملك الحائز العين نفسها لسبب أو لآخر ، كان يتخلى عن حيازتها أو تترع منه قبل أن تكتمل مدة التقادم ، ومع ذلك يكون قد قبض ثمارها ويبقى حائزاً للثمار مدة خمس عشرة سنة . فيتملكها بالتقادم الطويل استقلالاً عن العين ، ويمتنع على المالك استردادها . (٣) إذا سقطت دعوى استرداد الثمار بالتقادم المسقط ، فقد تمضي على استحقاق الثمار في ذمة الحائز مدة خمس عشرة سنة دون أن يملكها بالتقادم المكسب ، فتسقط دعوى استردادها بالتقادم المسقط .

(١) أو أخذها بوصية باطلة وهو يعلم بطلانها (استئناف مصر ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣١٥ ص ٥٢٠) .

(٢) أنظر ما يلي فقرة ٤٧٢ .

(٣) وقد قدمنا (آنفاً فقرة ٤١٥) أن الحائز الذي يملك العين بالتقادم لا يرد ثمارها للمالك ، حتى لو لم يكن قد تملكها استقلالاً بالقبض أو بالتقادم . فاذا قبض الحائز سىء النية الثمار ، فانه لا يملكها بالقبض لسوء نيته ، ولا يملكها بالتقادم استقلالاً إذا لم يمض على قبضه إياها خمس عشرة سنة . ولكن إذا تملك العين ذاتها بالتقادم فانه لا يرد الثمار للمالك ، فقد اعتبر مالكا للعين وقت سريان التقادم ، فتكون العين على ملكه وقت أن أنتجت الثمار ، ومن ثم يملك الثمار باعتباره مالكا لأصل العين التي أنتجتها .

وتنص المادة ٣٧٥/٢ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : « ولا يستط الربع المستحق في ذمة الحائر سوى النية . . إلا بانقضاء خمس عشرة سنة » (١) .

٤٧٠ - الحائر الثانية - الحائر حسن النية في أول الأمر ثم أصبح سيء

النية بعد ذلك : رأينا (٢) أن المادة ٩٧٩ مدني تنص على أن يكون الحائر سيء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضتها ... « . فقد يبدأ الحائر حيازته للعين وهو حسن النية ، ثم يعلم بعد مدة ما أن العين لم تخلص له ملكيتها ، فينقلب إلى حائر سيء النية . وقد يبقى على حسن نيته إلى أن يموت ، ويرث العين وارث يعلم أنها غير مملوكة لمورثه فيكون الوارث سيء النية . ولما كان حسن النية في تملك الحائر للثمار مطلوباً توافره وقت قبض الحائر للثمار وفي كل مرة يقبض فيها هذه الثمار (٣) ، فانه متى أصبح سيء النية على الوجه الذي قدمناه لا يستطيع أن يملك الثمار بالحيازة من وقت أن يصبح سيء النية (٤) . والمفروض أن الحائر حسن النية وأنه يبقى مستمراً في حسن نيته ، وعلى المالك أن يثبت أن الحائر قد أصبح سيء النية في وقت معين ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق لأن سوء النية واقعة مادية . وإذا أثبت المالك أن الحائر قد أصبح سيء النية في وقت معين ، فان الثمار التي يكون قد قبضها وهو حسن النية يملكها بالحيازة ولا يردّها إلى المالك . أما الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها من الوقت الذي أصبح فيه سيء النية ، فانه لا يملكها بالحيازة ويجب عليه ردها للمالك . وتسرى ، منذ الوقت الذي أصبح فيه الحائر سيء النية ، الأحكام التي قدمناها في الحالة الأولى عندما يكون الحائر سيء النية منذ البداية . فيسترد المالك العين مع جميع الثمار التي قبضها الحائر أو قصر في قبضها منذ أن أصبح سيء النية ، ولا يمتنع على المالك أن يسترد هذه الثمار إلا في أحد الفروض الثلاثة التي سبق بيانها في الحالة الأولى (٥) .

(١) انظر في ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٠٣ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٦٤ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٠ .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٤٦٩ .

٤٧١ - الحالة الثالثة - الحائز باق على حسن نية، ولكن المالك رفع عليه

«الدعوى : وليست هذه الحالة الثالثة مصرحاً بها في المادة ٩٧٩ مدني (١) ، ولكن يجب أن تستكمل هذه المادة بنصين آخرين وردت فيهما هذه الحالة بالذات . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٦٦ مدني على ما يأتي : « ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى ، ويعد سىء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره » . وتنص المادة ١٨٥ مدني على أنه « ١ - إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية ، فلا يلتزم إلا برد ما تسلم . ٢ - أما إذا كان سىء النية ، فانه يلتزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التي جناها ، أو التي قصر في جنيتها ، من الشيء الذي تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سىء النية . ٣ - وعلى أي حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى » . والدعوى التي يرفعها المالك على الحائز حسن النية ، فيجعله برفعها سىء النية ، تتنوع بحسب الأحوال . ويغلب أن تكون دعوى استحقاق يطالب فيها المالك الحائز بالعين وثمارها ، ويصح أن تكون دعوى استرداد غير المستحق (م ١٨٥ مدني السابق ذكرها) ، كما يصح أن تكون دعوى استرداد الثمار مستقلة عن العين نفسها ، وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي (٢) . وأياً كانت هذه الدعوى ، فان رفعها على الحائز حسن النية يجعله في حكم الحائز سىء النية من وقت رفع الدعوى . ومعنى ذلك أنه لا يملك الثمار من ذلك الوقت ، ويجب عليه ردها للمالك فيما لو كسب هذا الأخير الدعوى . وكذلك يكون الحكم حتى لو لم ترفع دعوى على الحائز حسن النية ولكن الحائز يكون قد اغتصب الحيازة بالإكراه ، فيعامل معاملة الحائز سىء النية ، ولا يملك الثمار بالحيازة ويجب عليه ردها للمالك فيما لو تبين أنه هو غير مالك للعين . والمفروض هنا أن الحائز حسن النية ، عندما رفعت عليه الدعوى أو عندما اغتصب الحيازة بالإكراه ، بقى على حسن نيته يعتقد أنه يملك العين بالرغم من رفع الدعوى عليه أو بالرغم من أنه اغتصب الحيازة بالإكراه ، وبالرغم من

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠ .

(٢) انظر فقرة ٤٧٣ .

بقائه على حسن نيته فانه يعامل معاملة الحائر سىء النية فلا يتملك الثمار . ولو أنه تبين من رفع الدعوى عليه أنه لا يملك العين ، لاختلطت هذه الحالة الثالثة بالحالة الثانية ، ولكان الحائر بعد حسن نيته قد أصبح سىء النية ، ولما كان هناك محل تمييز هذه الحالة الثالثة عن الحالة الثانية . أو لو أن الحائر عندما اغتصب الحيازة بالإكراه كان يعلم أنه غير مالك للعين فاغتصب حيازتها ، لاختلطت هذه الحالة الثالثة بالحالة الأولى ، ولكان الحائر سىء النية منذ البداية ، ولما كان هناك محل تمييز هذه الحالة الثالثة عن الحالة الأولى .

فالمفروض إذن كما قدمنا أن الحائر بقي على حسن نيته بالرغم من رفع الدعوى عليه ، أو كان حسن النية عندما اغتصب الحيازة بالإكراه يعتقد أن العين مملوكة له وأراد أن ينتصف لنفسه بنفسه . فاذا كان اعتقاده بأنه هو المالك للعين صحيحا ، كسب دعواه ، واستبقى العين وثمارها . ولم يعد هناك محل لإثارة اعتباره سىء النية لمنعه من تملك الثمار ، فقد تبين أنه يملك الثمار لا بالحيازة بل لأنه يملك العين نفسها التي أنتجت هذه الثمار . أما إذا كان اعتقاده بأنه هو المالك غير صحيح ، فانه يجب عليه أن يرد العين للمالك ، وأن يرد له الثمار من وقت رفع الدعوى ، على أساس أن الحكم يستند إلى وقت رفع الدعوى . فالحكم عليه برد العين يستند إلى هذا الوقت ، ولهذا يرد الثمار من وقت رفع الدعوى بالرغم من أنه بقي حسن النية بعد رفعها (١) . ويرد للمالك الثمار من

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٤ هامش ٢٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٠ ص ١٩٠ - ويرد الحائر الثمار من وقت رفع الدعوى عليه في أول درجة ، حتى لو كسب الدعوى ابتدائياً واستئنافياً ولكن نقض الحكم بعد ذلك أو قبل فيه التماس إعادة النظر (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص ٣٨٤) .

وقد قضت محكمة النقض بأن الحائر يعد سىء النية من الوقت الذي علم فيه بعيوب سند حيازته . وهو يعتبر كذلك من تاريخ رفع الدعوى عليه في خصوص استحقاق الثمار ، لأن الحكم الذي يصدر فيها يستند إلى تاريخ رفعها (نقض مدني ٣ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٧ أرقام ١٢ و ١٣ و ١٤ - فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٣٦ ص ٢٠٩ - استئناف وطني ٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٣ ص ٧٠ - ٩ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١١ ص ٢٧) . وقضى بأن من يتصرف له المفلس في مال التفليسه يصبح سىء النية ويجب عليه رد الثمار من الوقت الذي يطالب فيه السنديك برد المال إلى التفليسه (استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٨٧) .

وقت اغتصاب الحيازة بالإكراه ، لأنه ما كان ينبغي أن ينتصف لنفسه بنفسه بل كان عليه أن يلجأ إلى الوسائل القانونية لاسترداد ما يعتقد أنه ملكه ، والآن وقد تبين أنه غير مالك للعين لم يجوز أن يتملك الثمار بحيازة كان الإكراه منشأها ولو كانت مقترنة بحسن النية . وقد سبق أن بسطنا القول في ذلك ، فنحيل هنا إلى ما قلمناه هناك (١) .

٤٧٢ - الثمار التي يجب ردها للمالك : وتنص المادة ٩٧٨ مدني ، كما رأينا (٢) ، على أن « يكون الحائز سيء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سيءاً »

(١) انظر آتقاً فقرة ٢٩٤ - وانظر الوسيط ١ فقرة ٨٣٦ - وقد كانت بعض الأحكام في عهد التقنين المدني السابق نقضت بتملك الحائز للثمار حتى بعد رفع الدعوى ، ما دام باقياً على حسن نيته (استئناف مصر ١٢ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٥٣ ص ٩١٥) . ومنها ما اعتبر الحائز سيء النية من وقت الإنذار وقبل إعلان صحيفة الدعوى (استئناف ٢٤ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص ٧٨٤) . ولكن أغلب الأحكام اعتبرت الحائز سيء النية من وقت رفع الدعوى (استئناف وطني ٢١ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٧٠ ص ١٣٠ - ٢٧ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٧٩ ص ٨٣ - استئناف مصر ٢٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٧٧ ص ٧٨٤ - ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ ص ٧٩ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٥٥ ص ٥١٨ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤١ ص ١٣٠ - ١٢ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٨٠ ص ٢١٥ - استئناف مخطط ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ١٣ - ٢٦ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٠٢ - ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣١٥ - ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ص ٣٤٩ - ٢٤ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٧١ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٨٢ - ٣ يونيو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٧٤ - ١٦ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٢ - ٨ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٠٥ - ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٥ - أول مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٧٨ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٣ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٨٠ - وانظر شفيق شحاته فقرة ٨٨ - محمد علي عرفه ٢ فقرة ١٠٧ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٨ ص ٣٨) .

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كانت دعوى الملكية من شأنها أن تنبه واضع اليد إلى أن العيب الذي يلحق وضع يده ليس مقصوراً على الجزء المرفوعة به الدعوى ، بل إن العيب شامل لجميع العين الذي وضع يده عليها ، كما إذا رفعت الدعوى عليه من أحد الورثة مطالباً بالجزء الذي يخصه ، فلا يمكن تخصيص العيب بذلك الجزء في حين أن الحق واحد ودليل الملكية هو بالنسبة إلى باقي الأجزاء التي تخص بقية الورثة ، وعلم واضع اليد بالعيب الذي يلحق وضع يده من شأنه أن يزيل حسن نيته ، ويجعله مسئولاً عن ثمرة العين من تاريخ هذا العلم (استئناف مصر ٢٥ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١١٩ ص ٢٢٨) .

(٢) انظر آتقاً فقرة ٤٦٠ .

النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها ، غير أنه . يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار . ويخلص من هذا النص أنه في الأحوال التي يجب فيها على الحائز رد الثمار إلى المالك ، يلزم الحائز برد الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضها . ومن جهة أخرى يجوز له أن يسترد من المالك ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار . فالحائز يلتزم بأن يرد للمالك الثمار التي قبضها وهذه يردها عينا إذا كانت لا تزال موجودة في يده ، أو يرد قيمتها وقت قبضها إذا كان قد استهلكها . ويجوز أيضا أن يلزم بدفع فوائد قيمة الثمار بالسعر القانوني من وقت قبضها إلى وقت رد القيمة إلى المالك ، وذلك على سبيل التعويض (١) . ويلتزم الحائز فوق ذلك بأن يرد إلى المالك قيمة الثمار التي قصر في قبضها ، أي الثمار التي كان يجنيها المالك لو أن العين كانت في حيازته ، ويقدر قاضي الموضوع قيمة هذه الثمار . وكذلك يلتزم بدفع فوائد هذه القيمة على الوجه الذي سبق ذكره . وعلى ذلك يلتزم الحائز بأن يرد للمالك قيمة الثمار التي جناها من تلقى الحيازة من الحائز ، سواء كان هذا قد جناها بسوء نية أو بحسن نية (٢) .

وإذا كان الحائز سيء النية يلتزم بأن يرد للمالك الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها على الوجه السالف الذكر ، فإن المالك من جهة أخرى يلتزم بأن يرد للحائز المصروفات التي أنفقها هذا في إنتاج هذه الثمار (٣) ، ويشمل ذلك أجر العمل وقيمة البذر ونفقات الأعمال التي قام بها الحائز للحصول على هذه الثمار . كذلك يرد المالك للحائز مصروفات الصيانة ، والتكاليف التي تثقل الثمار من ضرائب ورسوم وغيرها . فالحائز إذن لا يرد للمالك إلا القيمة الصافية للثمار بعد استئزال المصروفات والتكاليف ، وإلا أثرى المالك على حساب الحائز (٤) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٤ - شفيق شحاته فقرة ٨٢ ص ١٠٥ هلمش ١ .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٢٢٧ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٣ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في هذا الصدد : « وإذا أصبح الحائز سيء النية ، وجب عليه رد الثمار بعد استرداد نفقات إنتاجها ، من وقت أن أصبح سيء النية . وقد تقدم أنه يصبح سيء النية حتما من وقت رفع الدعوى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١٨) .

(٤) بودري وشوفو فقرة ٢٢٧ ص ٢٢٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٤

ص ٢٦٢ - محمد علي عرفه ٢ فقرة ١٠٣ ص ١٩٣ .

٤٧٣ - كيف يسترد المالك الثمار من الحائز سىء النية : والمالك

يسترد الثمار من الحائز سىء النية إما مع العين التى انتجت هذه الثمار وهذا هو الغالب ، أو مستقلة عن هذه العين .

فيسترد الثمار مع العين بأن يرفع فى العادة دعوى استحقاق يطالب الحائز فيها بالعين مع ثمارها . ودعوى الاستحقاق هذه لا تسقط بالتقادم ، فللمالك أن يرفعها على الحائز فى أى وقت ليسترد بها العين والثمار ، ولو بعد انقضاء خمس عشرة من خروج العين من حيازة المالك . وذلك ما لم يكن الحائز قد تملك العين بالتقادم الطويل ، فعند ذلك لا يستطيع المالك أن يسترد العين ولا ثمارها (١) . وقد يكون المالك سلم العين للحائز معتقدا أنها ملك هذا الأخير ، ويتبين بعد ذلك أن العين غير مملوكة للحائز . فيجوز فى هذا الفرض أن يسترد المالك العين من الحائز بدعوى شخصية هى دعوى استرداد غير المستحق . فاذا كان الحائز قد تسلم العين وهو حسن النية معتقدا أنه يملكها ، لم يلتزم أن يرد للمالك الا العين وحدها دون الثمار ، لأنه يكون قد تملك الثمار بالحيازة إذ هو حسن النية (م ١٨٥ / ١ مدنى) . أما إذا كان الحائز سىء النية . فانه يلتزم أن يرد للمالك العين والثمار ، لأنه لم يملك الثمار إذ هو سىء النية (م ١٨٥ / ٢ مدنى) . ويلتزم الحائز على كل حال ، ولو كان حسن النية ، برد الثمار من يوم أن يرفع عليه المالك دعوى استرداد غير المستحق (م ١٨٥ / ٣ مدنى) ، وقد سبق ذكر ذلك (٢) . وتسقط بالتقادم الدعوى الشخصية باسترداد غير المستحق ، من عين وثمار ، بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه المالك بحقه فى الاسترداد ، وتسقط الدعوى فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم أن يسلم المالك العين للحائز (م ١٨٧ مدنى) .

ويسترد المالك من الحائز سىء النية الثمار مستقلة عن العين ، إذا خرجت العين من حيازة الحائز وبقيت الثمار فى يده . فعند ذلك يستطيع المالك أن يسترد هذه الثمار عينا من الحائز بدعوى استحقاق لأنه هو المالك للثمار ،

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٦٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٧١ .

ولا تسقط دعوى الاستحقاق هذه بالتقادم . ولكن يجوز للحائز أن يملك الثمار بالتقادم المكسب الطويل إذا بقي حائزاً لها مدة خمس عشرة سنة ، وعند ذلك لا يستطيع المالك أن يستردها . وإذا كان الحائز قد استهلك الثمار ، أو كانت الثمار تتمثل في مبلغ من النقود هو ريع العين ، فإنها تصبح ديناً في ذمة الحائز للمالك . فيجوز للمالك أن يطالب الحائز بهذا الدين ، مع العين إذا كانت باقية في يد الحائز أو بدونها إذا خرجت من يده . ولا تعتبر الثمار إذا أصبحت ديناً في ذمة الحائز حقاً دورياً متجدداً كالأجرة يسقط بخمس سنوات ، بل لا يسقط هذا الدين إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت استحقاقه بالتقادم المسقط . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ مدني صراحة على ذلك ، إذ تقول : « ولا يسقط الربع المستحق في ذمة الحائز سىء النية ... إلا بانقضاء خمس عشرة سنة » (١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التزام الحائز برد الثمرات ليس من الحقوق الدورية المتجددة التي تسقط بالتقادم الحسي ، ومن ثم فلا تقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة طبقاً للمادة ٣٧٥ مدني التي قننت ما كان مقررأ في ظل القانون المدني الملغى . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الطاعة سيئة النية في وضع يدها على جزء من الأملاك العامة بغير ترخيص ومسئولة بالتالي عن رد الثمرات ، وأن التزامها في هذا الصدد لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، فلا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض رقم ١٠٥ ص ٧٠٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا قضى الحكم المطعون فيه قبل الوزارة للطعنة ببيع الأرض التي استولت عليها دون اتباع الإجراءات التي يوجبها قانون نزع الملكية ، فإن الوزارة في هذه الحالة تعتبر في حكم الحائز سىء النية ، ولا يسقط الريع المستحق في ذمتها إلا بانقضاء خمس عشرة سنة طبقاً لما تنص عليه المادة ٣٧٥ / ٢ من القانون المدني القائم التي قننت ما كان مستقرأ عليه وجرى به قضاء هذه المحكمة في ظل التقنين الملغى ، وذلك على أساس أن التزام الحائز سىء النية برد الثمرات لا يعتبر من قبيل الدبون الدورية المتجددة التي تقادم بمضي خمس سنوات (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢٨١ ص ١٩٤٣) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٦ ص ٢٨٥ - استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٢ ص ٧٥٩ .

وانظر بودري وشوفو فقرة ٣٢٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٤ ص ٣٦٢ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ١٠٣ ص ١٩٢ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٢٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٧٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٩ ص ٤٥٤ .

القسم الثاني

الحقوق العينية الاصلية المتفرعة عن الملكية

(حق الانتفاع وما يلحق به - حق الارتفاق)

تمهيد

٤٧٤ - مصر الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية : قدمنا في الجزء الثامن من الوسيط (١) أن حق الملكية يتفرع عنه حقوق عينية أصلية خمسة ، ذكرها التقنين المدني . وهي حق الانتفاع ، وحق الاستعمال ، وحق السكنى ، وحق الارتفاق ، وحق الحكر .

ويضاف إلى هذه الحقوق العينية الخمسة المذكورة في التقنين المدني حقوق ثلاثة أخرى . وهي حق المستحق في الوقف فهو حق عيني غير الحق الشخصي الذي له في تقاضى الغلة من الناظر ، والحق الذي يرد على الأشياء غير المادية كحق المؤلف وحق المخترع ، وحق استغلال المناجم والمحاجر (٢) .

٤٧٥ - الباقى للبحث من هذه الحقوق : وقد سبق بحث حق الحكر عند بحث عقد الإيجار ، في الجزء السادس من الوسيط . وكذلك سبق بحث حق المؤلف وحق المخترع ، وبحث حق استغلال المناجم والمحاجر ، في الجزء الثامن من الوسيط . أما حق المستحق في الوقف فهو من مباحث الشريعة الإسلامية ، وقد ألغى على كل حال فيما عدا الوقف الحبرى .

فلم يبق للبحث إذن ، من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية ، غير حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى ، وغير حق الارتفاق :

ولما كان حق الاستعمال وحق السكنى نوعين خاصين من حق الانتفاع ، لذلك نبعث حق الانتفاع ومعه حق الاستعمال وحق السكنى في الباب الأول من هذا القسم . ونبعث في الباب الثانى حق الارتفاق .

(١) فقرة ١٢٥ ص ٢٢٢ .

(٢) انظر الوسيط ٨ فقرة ١٢٥ ص ٢٢٢ هامش ٢ .

الباب الأول

حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى

الفصل الأول

حق الانتفاع

(Usufruit)

تمهيد

٤٧٦ - التعريف بحق الانتفاع : لم يورد التقنين المدني الجديد تعريفا لحق الانتفاع ، جريا على عاداته في الإقلال من التعريفات بقدر المستطاع . ولكن التقنين المدني السابق عرف هذا الحق في المادة ٩/١٣ منه بأنه « هو حق للمتفع في استعمال ملك غيره واستغلاله » . وعيب هذا التعريف أنه أوسع مما يجب ، فهو يشمل أى حق للشخص في الانتفاع بملك غيره واستغلاله ، فيدخل حق المتفع كما يدخل حق المستأجر وحق المحتكر . والانتفاع بملك الغير يكون إما بموجب حق شخصي كما هو الأمر في حق المستأجر ، أو بموجب حق عيني كما هو الأمر في حق المتفع وحق المحتكر . فكان الواجب أن يميز حق الانتفاع في التعريف بأنه حق عيني ، حتى يفارق بذلك حق المستأجر . ثم إن حق الانتفاع ينتهي حتما بموت المتفع ، على خلاف حق المحتكر فإنه قد يبقى بعد موت المحتكر فينتقل إلى ورثته وقد يدوم ستين سنة . فكان الواجب أيضا أن يذكر في تعريف حق الانتفاع هذا المميز الجوهرى ، وهو أنه ينتهي حتما بموت المتفع (١) .

(١) ويعرف قانون الملكية العقارية اللبناني (م ٣٢) حق الانتفاع على الوجه الآتي :
« الانتفاع هو حق عيني باستعمال شيء يخص الغير وبالتمتع به ، ويسقط هذا الحق حتما بموت المتفع - ولا يجوز إنشاء حق انتفاع لصالح أشخاص معنويين » . ويعرفه التقنين المدني السوري (م ٩٣٦) بما يأتي : « ١ - الانتفاع هو حق عيني باستعمال شيء يخص الغير واستغلاله .
٢ - ويسقط هذا الحق حتما بموت المتفع . ٣ - لا يجوز إنشاء حق الانتفاع لصالح شخص اعتباري » .

ويعرف الفقه الفرنسي عادة حق الانتفاع تعريفاً أقرب إلى الدقة ، على النحو الآتي : حق الانتفاع هو الحق العيني في الانتفاع بشيء مملوك للغير ، بشرط الاحتفاظ بذات الشيء لرده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع ، الذي يجب أن ينتهي حتماً بموت المنتفع (١) . ويشار في صدد هذا التعريف إلى أنه يميز حق المنتفع عن حق المستأجر بعينية حق المنتفع ، ويميز حق المنتفع عن حق المحتكر بانتهاء حق المنتفع حتماً بموته . ويرجع إلى ظروف المعاملة ونية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كان الحق حق انتفاع ، أو كان حقاً عينياً آخر ، أو حقاً شخصياً في الانتفاع بملك الغير (٢) .

٤٧٧- **مفاهيم حق الانتفاع** : ويتبين من التعريف سالف الذكر أن حق الانتفاع حق عيني ، وأنه ينتهي حتماً بموت المنتفع ، وأنه يقع على شيء غير قابل للاستهلاك .

١ - **فحق الانتفاع حق عيني** : وبهذا يتميز عن حق المستأجر كما قدمنا ، فالمستأجر دائن للمؤجر بالانتفاع بالعين المؤجرة ، ويلزم هذا الأخير بتمكينه من ذلك فيتوسط المؤجر بين المستأجر والعين المؤجرة ، أما المنتفع فله حق عيني يقع مباشرة على الشيء المنتفع به ولا يتوسط بينهما مالك الشيء . ويرتب على ذلك أن المالك ليس ملتزماً قبل المنتفع بتمكينه من الانتفاع كما يلتزم المؤجر نحو المستأجر ، بل كل ما على المالك هو ألا يتعرض للمنتفع في مباشرة حقه ولا يلتزم نحوه بشيء . فاذا احتاجت العين إلى إصلاح لم يلتزم المالك أن يقوم به كما يلتزم المؤجر ، وسيأتي بيان ذلك . وإذا كان محل حق الانتفاع عقاراً ، فإن حق الانتفاع يعتبر مالا عقارياً يجوز رهنه رهناً رسمياً ، بخلاف ما إذا كانت العين المؤجرة عقاراً فإن حق المستأجر وهو حق شخصي لا يعتبر مالا عقارياً بل مالا منقولاً لا يجوز رهنه رهناً رسمياً . وإذا نزل المنتفع عن حق الانتفاع للغير فإنه ينزل عن حق عيني لا يقتضي تدخل المالك كما يقتضي تدخله النزول عن حق المستأجر ، إذ يعتبر نزول المستأجر عن حقه الشخصي للغير حوالة حق فتقتضي إعلان المؤجر بها . فاذا ما كانت العين

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٧ . وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ٢٢٦ ص ٦٣١ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٧ .

عقارا ، فإن نزول المستأجر عن حقه الشخصي للغير يبقى حوالة فلا يجب التسجيل . أما نزول المنتفع عن حق انتفاعه بالعقار للغير فانه يعتبر انتقالا لحق عيني ، فيقتضى التسجيل سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين (١) . وإذا كان حق الانتفاع حقا عينيا ، فانه حق عيني يتميز عن حق الملكية ، بل هو يثقل حق الملكية وينتقص منها . وقد قدمنا أن حق الملكية يشتمل على عناصر ثلاثة ، حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف . فحق الانتفاع ، ويشتمل على حق الاستعمال وحق الاستغلال (٢) ، مجرد حق الملكية من هذين العنصرين ولا يبقى لها إلا العنصر الثالث وهو حق التصرف ، ومن ثم تصبح الملكية المثقلة بحق الانتفاع ملكية غير كاملة وتسمى بملكية الرقبة (nue-propriété) . ويتجمع في المال الواحد حقان عنيان ، حق الرقبة للمالك ويسمى مالك الرقبة وحق الانتفاع للمنتفع (٣) . ومالك الرقبة والمنتفع ليسا شريكين على الشيوع في المال ، فالشيوع لا يكون إلا في حقوق من طبيعة واحدة تتراحم على الشيء الواحد . أما طبيعة حق الرقبة فتختلف عن طبيعة حق الانتفاع (٤) ، وعلى ذلك لا يجوز لمالك الرقبة ولا للمنتفع أن يطلب قسمة المال كما يجوز ذلك للمالك في الشيوع ، ويبقى كل منهما محتفظا بحقه متميزا عن حق الآخر دون تراحم بينهما . ولكن يصح أن تكون الرقبة نفسها

(١) وللمنتفع في الدفاع عن حيازته لحقه العيني جميع دعاوى الحيازة طبقاً للقواعد العامة ولذلك لم يرد نص خاص في ذلك ، أما المستأجر فله أيضاً في الدفاع عن حيازته لحقه الشخصي جميع دعاوى الحيازة ولكن بموجب نص خاص (م ٥٧٥ مدني) كان لازماً له الحيازة إلى الحقوق الشخصية تأثراً بالنظرية المادية للحيازة (انظر آنفاً فقرة ٢٦٧) .

(٢) ومن هذين العنصرين (usus, fructus) تكون اسم حق الانتفاع (usufruit) .
(٣) ولا بد أن يكون المنتفع شخصاً آخر غير مالك الرقبة ، فيرتب حق الانتفاع لشخص على مال مملوك لشخص آخر . ولا يقال لمن يملك المال ملكية كاملة إنه يملك كلا من الرقبة وحق الانتفاع ، بل إن انتفاعه بالمال لا يعتبر مباشرة لحق انتفاع وإنما هو مباشرة لحق الملكية الكاملة ، وعلى ذلك لا يجوز لمن يملك المال ملكية كاملة أن يرهن حق الانتفاع مستقلاً عن الرقبة ، ولا أن يرهن الرقبة مستقلة عن حق الانتفاع (اسماعيل غانم ص ٤) . والذي يجوز هو أن ينشئ المالك حق انتفاع على ماله فلا تبقى له إلا الرقبة ، أو أن يتصرف في الرقبة لغيره ويستبقى لنفسه حق الانتفاع .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦١ ص ٧٥٧ .

أو حق الانتفاع نفسه مملوكا على الشيوع لعدة أشخاص ، فيجوز عندئذ للشريك على الشيوع في الرقبة أو في حق الانتفاع أن يطلب القسمة (١) .

٢ - وحق الانتفاع ينتهى حتما بموت المنتفع : فلا يبقى حق الانتفاع بعد موت المنتفع ، بل يرجع إلى مالك الرقبة فتعود لهذا ملكية العين كاملة . وهذا بخلاف حق المستأجر ، فهو في الأصل لا ينتهى بموت المستأجر ، وإذا انتهى فإنما يكون ذلك في حالات استثنائية (م ٦٠١/٢ و م ٦٠٢ مدنى) . وهذا لا يعنى أن حق الانتفاع يجب أن يدوم طوال حياة المنتفع ، فقد يحدد له أجل قصير أو طويل ، ومتى انتهى الأجل المحدد انتهى حق الانتفاع ولو قبل موت المنتفع . ولكن إذا مات المنتفع قبل انقضاء الأجل ، فإن حق الانتفاع ينتهى

(١) أنظر في ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦١ ص ٧٥٧ - ص ٧٥٨ - وقد يوصى شخص لآخر بحق الانتفاع في جزء شائع من تركته ، فيكون للورثة حق الملكية الكاملة *pleine propriété* فيما يجاوز هذا الجزء الشائع وحق الرقبة في الجزء الشائع ، ويكون للموصى له حق الانتفاع في الجزء الشائع . فهناك إذن شيوع بين الورثة والموصى له فيما يتعلق بحق الانتفاع بالتركة جميعها ، إذ أن للورثة ، فيما جاوز الجزء الشائع الموصى به حق انتفاع يتضمنه ملكيتهم الكاملة ، فهم إذن شركاء في الشيوع مع الموصى له في حق الانتفاع بالتركة جميعها كما سبق القول . وعلى ذلك يستطيع الموصى له أو أى من الورثة أن يطلب قسمة حق الانتفاع الشائع في جميع التركة . فاذا أمكنت القسمة عيناً ، أفرز جزء من التركة يكون فيه للموصى له حق الانتفاع وللورثة حق الرقبة ، وأفرزت بقية أموال التركة ويكون للورثة حق الملكية الكاملة فيها . أما إذا لم تمكن القسمة عيناً ، فهل يجوز بيع كل التركة على سبيل قسمة التصفية *licitation* ؟ يذهب رأى في الفقه الفرنسى إلى أن هذا لا يجوز ، إذ قسمة التصفية هنا تؤدي إلى أن تكون هناك قسمة بين الرقبة وحق الانتفاع وهذا ممتنع قانوناً (لوران ٦ فقرة ٣٦٨ - أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٦ ص ٦٣٤ هامش ١١ - بيدان في تعليقه في دالوز ٧٨ - ١ - ١٤٥) . ولكن القضاء الفرنسى لا يأخذ بهذا الرأى ، مراعيّاً في ذلك مصلحة الجميع . فيبيع التركة بملكيتها الكاملة يكون أربح صفقة من أن يباع جزء شائع من التركة بملكيتها الكاملة وأن يباع جزء شائع آخر مثقلاً بحق الانتفاع . فاذا طلب الموصى له أو أحد من الورثة بيع التركة جميعها بملكيتها الكاملة على سبيل قسمة التصفية ، أوجب إلى طلبه ولو عارض في ذلك الآخرون (نقض فرنسى ٢٤ يونيو سنة ١٨٦٣ دالوز ٦٣ - ١ - ٢٨٥ - ٢٥ أغسطس سنة ١٨٧٩ سيريه ٨٠ - ١ - ١٨١ - ٢٠ يوليو سنة ١٩٣٢ دالوز ١٩٣٣ - ١ - ١١٣ - ٢١ يونيو سنة ١٩٥٤ جازيت دى باليه ١٩٥٤ - ٢ - ٢٢١) . ويقر رأى آخر في الفقه الفرنسى ما ذهب إليه القضاء الفرنسى في ذلك (بودرى وقال في الموارد ٢ فقرة ٢٨٢٦ - لاييه في تعليقه في سيريه ٨٠ - ١ - ١٤٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦١ ص ٧٥٨ - ص ٧٥٩ - كاربونيه ص ١١٦) .

حتمًا ، وذلك بالرغم من أن الأجل لم ينقض . والحكمة في انتهاء حق الانتفاع حتمًا بموت المنتفع ، أن حق الانتفاع يشل إلى حد ما من تداول المال ، فلا المنتفع يملك الرقبة حتى يستطيع التصرف في ملكية المال كاملة ، ولا مالك الرقبة يتيسر له أن يجد مشترًا للرقبة وهي عاطلة عن حق الانتفاع (١) . فأصبح المال في وضع اقتصادي غير مرغوب فيه ، ولذلك عين المشرع حدا أقصى لهذا الوضع ، وهو حياة المنتفع . فلا ينتقل حق الانتفاع بموت المنتفع إلى ورثته بل ينتهي حتمًا ، فتعود الملكية كاملة لصاحب الرقبة ، ويرجع المال إلى وضعه العادي من التداول .

وإذا كان حق الانتفاع يحد من حركة تداول المال كما قدمنا ، فإنه أيضا يحمل في ذاته عاملا من عوامل الشك وعدم الاستقرار بسبب القاعدة التي نحن بصدددها من أنه ينتهي حتمًا بموت المنتفع . فسواء حدد لحق الانتفاع أجل أولم يحدد ، فإنه لا يعرف متى ينتهي ، إذ قد يموت المنتفع قبل انقضاء هذا الأجل والموت لا يعرف مواعده على وجه محقق . فتقدير قيمة حق الانتفاع ، عندما يكون هناك محل لذلك ، يصعب البت فيه ، إذ يحول دون ذلك عدم معرفة موعد انقضائه حتى لو كان له أجل محدد ، إذ ينتهي حتمًا بموت المنتفع ولو قبل انقضاء الأجل كما سبق القول . وقد واجه المشرع هذه الصعوبة في حالات مختلفة ، في حالتين منها لجأ إلى التحكم لأنه أراد أن يبت في حق الانتفاع في الحال . الحالة الأولى إذا نزع ملكية العقار للمنفعة العامة ، وأريد توزيع التعويض المستحق عن نزع الملكية بين مالك الرقبة والمنتفع ، فعلى القاضي في هذه الحالة أن يقدر قيمة حق الانتفاع اجتهادا ، مراعيًا في ذلك سن المنتفع وحالته الصحية . والحالة الثانية ما نصت عليه المادة الخامسة من قانون الإصلاح الزراعي في شأن توزيع التعويض المستحق عن الاستيلاء بين مالك الرقبة والمنتفع ، ففي هذه الحالة يكون لمالك الرقبة ثلثا التعويض وللمنتفع الثلث الباقي . وفي حالة

(١) هذا إلى أن صاحب الانتفاع يسعى بطبيعة الوضع الذي هو فيه إلى أن يستخلص من العين كل ما يستطيع استخلاصه من منفعة دون أن يحاول تحسين العين إذا كان هذا التحسين سيؤول نفعه إلى صاحب الرقبة عند انقضاء حق الانتفاع . وتشتد أضرار حق الانتفاع في الأرض الزراعية ، ويتلوهما في التأثير بالضرر المباني والتاجر والمصانع ، ويخف الضرر كثيرا في الأوراق المالية (كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠٥٩ ص ٨٥٧) .

ثالثة لم يلجأ المشرع إلى التحكم ، إذ نص في المادة ٩٩٤ مدني على أن « ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء ، إلا أنه ينتقل من هذا الشيء إلى ما قد يقوم مقامه من عوض » . فإذا قام مقام الشيء تعويض أو مبلغ تأمين مثلا على سبيل الحلول العيني ، كان للمتفع الفوائد المدة التي يدوم فيها حق الانتفاع ، ويبقى رأس المال دون الفوائد للمالك الرقبة إلى أن ينتهي حق الانتفاع ، فإذا انتهى آلت الفوائد للمالك (١) .

٣ - وحق الانتفاع يقع على شيء غير قابل للاستهلاك : وذلك لأن الشيء بذاته يعود إلى المالك عند انتهاء حق الانتفاع ، فوجب أن يكون باقيا بعد الانتفاع به ، ويعني ذلك أن يكون شيئا غير قابل للاستهلاك (٢) .

هذا هو الأصل . غير أنه يقع في بعض الأحيان أن يوصي شخص لآخر بحق الانتفاع في جزء من تركته ، وقد تشمل التركة على أشياء قابلة للاستهلاك ، فإذا أفرزت الأموال التي يستعمل عليها المتفع حق انتفاعه دخل في هذه الأموال أشياء قابلة للاستهلاك . فكيف يباشر المتفع حق انتفاعه على هذه الأشياء ، وهو لا يستطيع الانتفاع بها إلا باستهلاكها ؟ تجيب على ذلك المادة ٥٨٧ من التقنين المدني الفرنسي بأنه « إذا شمل حق الانتفاع أشياء لا يمكن استعمالها دون استهلاكها ، كالنقود والغلال والحمور ، كان للمتفع الحق في استهلاكها ، بشرط أن يرد مثلها في الكمية والصفة والجودة » (٣) . ويستخلص من هذا النص أن الذي ينتقل إلى المتفع في الشيء القابل للاستهلاك ليس هو مجرد حق انتفاع ، بل هو حق ملكية كاملة يبيع للمتفع أن يستهلك الشيء ، على أن يرد

(١) أنظر في ذلك إسماعيل غانم ص ٥ - ص ٦ .

(٢) هذا إلى أن المتفع ليس له إلا أن يستعمل الشيء وأن يستغله دون أن يستهلكه أو يتصرف فيه ، والشيء القابل للاستهلاك لا يمكن استعماله دون استهلاكه أو التصرف فيه ، ومن ثم لا يكون الشيء القابل للاستهلاك في الأصل قابلا لأن يترتب عليه حق انتفاع .

(٣) والحل الذي أتى به نص التقنين المدني الفرنسي لا يمكن تصور غيره ، وهو متقول عن القانون الروماني . فقد كان هذا القانون في أول الأمر يمنع ترتيب حق الانتفاع على شيء قابل للاستهلاك لأن طبيعة هذا الشيء تستعصي على أن يرد عليه هذا الحق ، ثم تطور القانون فأباح ذلك ، وسمى الحق في هذه الحالة بشبه حق الانتفاع (quasi-usufruit) . ونقل التقنين المدني الفرنسي هذا الحكم في المادة ٥٨٧ سالفة الذكر .

مثله أو قيمته عند انتهاء حق الانتفاع ^(١) . فالمنتفع إذن يصبح مالكا للشيء القابل للاستهلاك ، فلا تكون هناك رقبة تبقى للمالك ، وإنما يكون المالك دائنا للمنتفع بمثل الشيء أو قيمته ^(٢) . وهكذا تتحول الرقبة من حق عيني هو ملك الرقبة ، إلى مجرد دائنية (créance) للمالك في ذمة المنتفع ^(٣) . وهذا هو الحكم الذي أخذ به في مصر ، وقد ورد في شأنه نص صريح ، إذ تقول الفقرة الثانية من المادة ٩٩٢ مدني : « وللمنتفع الذي قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك . وإنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع » ^(٤) .

٤٧٨ - الأشياء التي تصلح أنه يكون محمولا للانتفاع : يصلح أن يكون محلا لحق الانتفاع العقار كاللدور والأراضي الزراعية والمناجم والمحاجر ، والمنقول كالألات والسيارات والمركبات والمواشي والأسهم والسندات وسائر القيم المنقولة التي لحاملها والأشياء القابلة للاستهلاك ويترتب على هذه الأشياء الأخيرة شبه حق انتفاع كما سبق القول .

ويصلح أن يكون محلا لحق الانتفاع ، ليس فحسب الأشياء المادية كالأشياء التي تقدم ذكرها ، بل أيضا الأشياء غير المادية ، كحق المؤلف

(١) ويقرب شبه حق الانتفاع بذلك من حق القرض في عقد القرض ، ففي الحالتين تنتقل ملكية أشياء قابلة للاستهلاك من شخص إلى آخر على أن يرد هذا الأخير للأول مثلها أو قيمتها . ولكنهما يختلفان فيما يأتي : (أ) ينتهي شبه حق الانتفاع حتماً بموت المنتفع حتى لو حدد له أجل ولم ينقض ، أما القرض فلا يحل بموت المقرض ولكن بانقضاء الأجل ، ويبقى القرض ديناً في التركة لومات المقرض قبل حلول الأجل . (ب) القرض لا يكون إلا بعقد أما شبه حق الانتفاع فقد يكون بعقد ولكن يغلب أن يكون بوصية . (ج) يجب في شبه حق الانتفاع تقديم كفالة وعمل جرد للأشياء القابلة للاستهلاك (م ٩٩٢ مدني) ، ولا يجب ذلك في القرض . أنظر عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢١٨ ص ٢٦٢ - ص ٢٦٣ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٩ ص ٧٥٦ .

(٣) ويترتب هل ذلك أنه في حين أن المالك في حق الانتفاع يسترد نفس الشيء عند نهاية الانتفاع ، إذا به في شبه حق الانتفاع ليس إلا دائناً للمنتفع يزاحمه سائر دائني هذا الأخير (مازو فقرة ١٦٥٢) .

(٤) أنظر أيضاً المادة ٤١/٢٢ من التقنين المدني السابق ، وكانت تنص على أنه « يجوز للمنتفع الذي قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء التي تنعدم بالاستعمال ، وإنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع » .

وحق المخترع ، والحقوق الشخصية (créances) (١) والإيرادات المرتبة والأسهم والسندات وسائر القيم المنقولة التي ليست لحاملها وسندات القروض التي تعقدتها الدولة كقروض الإنتاج وغيرها . بل أن حق الانتفاع نفسه يصلح أن يكون محلاً لحق انتفاع يترتب عليه ، فيكون للمنتفع بحق الانتفاع غلة هذا الحق وثماره (٢) . وكذلك يصلح أن يكون محلاً لحق الانتفاع حق الارتفاق بشرط أن يشمل حق الانتفاع العقار المرتفق وحق الارتفاق معاً ، فلا يترتب حق انتفاع على حق الارتفاق مستقلاً عن العقار المرتفق (٣) .

ويصلح أن يكون محلاً لحق الانتفاع المجموع من المال (universalité) ، سواء كان مجموعاً قانونياً كالتركات (٤) ، أو كان مجموعاً فعلياً كالمتاجر والقطيع من الغنم (٥) . وبوجه عام كل ما يصلح أن يكون محلاً لحق الملكية يصلح أن يكون محلاً لحق الانتفاع (٦) .

وفي جميع الأحوال يصلح الشيء أن يكون محلاً لحق الانتفاع ، حتى لو كان مما يبلى بطول الاستعمال كالأثاث والملابس والسيارات والمركبات . ولا يتحول حق الانتفاع هنا إلى شبه حق انتفاع ، فهناك فرق واضح بين شيء يبلى بطول الاستعمال وشيء يستهلك فوراً بالاستعمال . وعلى ذلك يرد

(١) وترتيب حق الانتفاع على الحقوق الشخصية من شأنه أن يترتب حقاً عينياً على حق شخصي ، ويحمل على التساؤل عما إذا كان حق الانتفاع حقاً عينياً متفرعاً عن حق الملكية ، أو هو حق يتفرع عن الحقوق بوجه عام لا عن حق الملكية فحسب (بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٤١٥ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١٠٦٠ - مارتى وريينو فقرة ٦٤ ص ٨٢) .

(٢) أنظر مايلى فقرة ٥٠٧ .

(٣) أنظر مايلى فقرة ٤٩١ .

(٤) والمتفع بمجموع قانوني من المال universalité de droit ، على خلاف المتفع بمال مستقل بذاته ، يساهم في الوفاء بديون المجموع من المال الذي ينتفع به ، فيتحمل فوائد هذه الديون (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦٠ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٥١٥) .

(٥) والمتفع بمجموع فعلي من المال universalité de fait يتميز ، لا بالمساهمة في الوفاء بالديون ، بل بأعمال نظرية الحلول العيني (بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٥١٦) .

(٦) وبوجه أعم ، كل شيء مادي أو غير مادي ، تخول حيازته فائدة اقتصادية أو أدبية أو فكرية ، يصلح أن يكون محلاً لحق الانتفاع (أوبري ودر ٢ فقرة ٢٢٦ هاش ٤ مكرر - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٨ ص ٧٥٥) .

المنتفع ، فيما إذا ورد حق الانتفاع على شيء يبلى بطول الاستعمال ، نفس الشيء في الحالة التي يكون عليها وقت نهاية حق الانتفاع ، دون أن يكون قد أصابه تلف بخطأ المنتفع (١) .

٤٧٩ - ما أدخله التقنين المدني الجديد من تعديلات على التقنين المرنى

السابق في فصوص من الانتفاع : أهم ما أدخله التقنين المدني الجديد من تعديلات على التقنين المدني السابق في خصوص حق الانتفاع أنه حذف نصوصا خاصة بالوقف أقحمها التقنين المدني السابق على النصوص المتعلقة بحق الانتفاع . وبعض هذه النصوص قد بطل العمل بها ، كنص المادة ١٨ / ٢٧ من التقنين المدني السابق المتعلق بالمسقفات والمستغلات التي تكسب بعقد الإيجارتين ويجوز تأجيرها أو إعطاؤها بالغاروقة ، وكالمواد ٣٥ و ٣٦ و ٤٨ من التقنين المدني المختلط الخاصة بالأراضي الخراجية . وبعض آخر من هذه النصوص تورد أحكاما في الوقف غير صحيحة ، من ذلك ما نصت عليه المادة ١٧ / ٣٤ من أنه « يجوز أن يوصى لمحل خيري تابع لديوان الأوقاف بملك العين ولشخص أو أكثر وورثته على التعاقب بحق الانتفاع ، وحينئذ لا يكون للمحل الخيري حق الملك التام إلا بعد انقراض الموصى إليهم بحق الانتفاع » (٢) .

(١) أنظر في هذا المعنى المادة ٥٨٩ من التقنين المدني الفرنسي - على أنه يجوز الاتفاق على إلحاق الأشياء التي قبل بطول الاستعمال بالأشياء التي تستهلك فوراً بالاستعمال ، فننتقل ملكية الأشياء التي قبل بطول الاستعمال إلى المنتفع ، ويكون له حق التصرف فيها واستهلاكها ، ولا يلزم إلا برد قيمتها أو مثلها عند نهاية حق الانتفاع . فيتحول حق الانتفاع بهذا الشرط إلى شبه حق انتفاع . وقد يكون الشرط ضمنيّاً فيستفاد مثلاً من تقويم الأشياء التي يشملها حق الانتفاع ، إذ التقويم قد يفهم منه أن المالك لا يعلق أهمية كبيرة على أن يسترد الأشياء بذواتها وبحسبه أن يسترد قيمتها ، فيقوم التقويم هنا مقام البيع *acestimatio facit venditionem* وهذه على كل حال قرينة قضائية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للمالك أن يثبت أنه قد عول على استرداد الشيء بذاته لا بقيمته ، وذلك بالرغم من تقويمه في سند حق الانتفاع (عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٢٠) .

(٢) وتقول محكمة النقض في خصوص هذا النص إنه « من قبيل حق الانتفاع المؤبد الذي حرره للقانون بين الأفراد ، وهو بعينه نظام الوقف الذي أتى به الفقه الإسلامي ، وبحسبه وجدت الأموال الموقوفة ، مع ملاحظة أن محرري القانون اضطروا إلى جعل ملك الرقبة للجهة الخيرية وجعل الملك التام يؤول لها في النهاية . وسبب اضطرابهم لهذا أنهم لم يريدوا متابعة فقهاء المسلمين =

ثم إن التقنين المدني الجديد رتب موضوع حق الانتفاع ترتيباً منطقياً ،
فبدأ ببيان الأسباب التي يكسب بها حق الانتفاع ، ثم قرر ماذا يترتب على
كسبه فعدد حقوق المنتفع والتزاماته ، وانتهى بذكر الأسباب التي ينقضى بها
حق الانتفاع (١) .

٤٨٠ - الأهمية المحددة لحق الانتفاع في مصر والأهمية الكبيرة في فرنسا :

وإذا كان لحق الانتفاع أهمية كبيرة في فرنسا ، فإن ذلك يرجع إلى
أن التقنين المدني الفرنسي قرر حالات هامة فيها يكسب الشخص حق الانتفاع
في مال غيره ، وهذه هي حالات حق الانتفاع المقررة بحكم القانون وتسمى
بحقوق الانتفاع القانونية (usufruits légaux) . فالمادة ٣٨٤
مدني فرنسي تجعل للأب وللأم ، على ترتيب خاص ، حق الانتفاع في أموال
الأولاد حتى يبلغوا سن الثمانية عشرة أو حتى يصبحوا مأذونين (émancipés)
إذا تم ذلك قبل بلوغهم سن الثمانية عشرة . والمادة ٧٥٤ مدني فرنسي تجعل لمن
بقي حياً من الوالدين ، فيما يرثه من أموال ولده ، حق انتفاع في المال الذي
لا توّول له ملكيته كاملة . وقد جعلت قوانين فرنسية متعاقبة ، في ١٤ يولييه
سنة ١٨٦٦ وفي ٩ مارس ١٨٩١ سنة وفي ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٥ ، حق انتفاع
لمن بقي حياً من الزوجين في بعض أموال الزوج الآخر . فشاع بموجب هذه
الأحكام حق الانتفاع في التعامل ، وتكفل التقنين المدني الفرنسي بتنظيم هذا
الحق تنظيمًا مفصلاً .

أما في مصر فالأمر مختلف ، إذ لا يوجد في القانون المصري حقوق انتفاع
قانونية . ويندر في العمل أن يرتب شخص على ماله حق انتفاع لشخص آخر

سئل ما قالوه من أن العين الموقوفة تكون على حكم ملك الواقف أو على حكم ملك الله ، بل
كان هذا عندهم من قبيل الأمور التي وراء الطبيعة (الميتافيزيقية) والتي لا يأخذون بها في التشريع .
وهم بالبداية مخطئون ، لأنهم ماداموا قد أقرروا نظام الوقف ينبغي لهم أن يأخذوا فيه بأقواله
واضحة ، وإلا فإن عبارتهم في المادة ١٧ المذكورة تحلل للجهة الخيرية أن تباع حق الرقبة
وأن تباع الملك التام عند أيلولة إليها بعد انقراض ذرية الموصي لهم ، وهذا يخالف لأصول
الوقف كل المخالفة (نقض مدني ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ؛ رقم
٦٨) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦

بمقد أو بوصية ، ومتى كان حق الانتفاع نادرا على هذا النحو فإنه يندر تبعا لذلك أن يكسب بالشفعة أو بالتقادم مادام أنه ليس موجودا من الأصل . والذي يقع غالبا هو أن يبيع الشخص لأولاده أو لزوجته مالا له ، ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع في هذا المال طول حياته . وحتى في هذا الفرض ، كثيرا ما يعتبر التعامل غير متعلق بحق انتفاع جدي ، وإنما يعتبر وصية مستترة أراد بها الموصي التحايل على أحكام الميراث والوصية ، وقد نصت المادة ٩١٧ مدني صراحة على هذه القرينة القانونية وإن قررت أنها تقبل إثبات العكس . من أجل ذلك لم يسهب التقنين المدني المصري ، على خلاف التقنين المدني الفرنسي ، في تفصيل أحكام حق الانتفاع ، واقتصر على إيراد مبادئه الجوهرية ، ونجاريه في ذلك . .

- ٤٨١ - فظة البحث : ونبحث حق الانتفاع في فروع ثلاثة :
- (١) أسباب كسب حق الانتفاع . (٢) الآثار التي تترتب على قيام حق الانتفاع .
- (٣) انتهاء حق الانتفاع .

الفرع الأول

أسباب كسب حق الانتفاع

٤٨٢ - نص قانوني : تنص المادة ٩٨٥ مدني على ما يأتي :

- ١ - حق الانتفاع يكسب بعمل قانوني أو بالشفعة أو بالتقادم .
- ٢ - ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، كما يجوز للحمل المستكن (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٣٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق في الفقرة الأولى منه لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، أما الفقرة الثانية في المشروع التمهيدي فكانت تجرى على الوجه الآتي : « ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين تعيينوا » . وقد عدلت لجنة المراجعة هذه الفقرة الثانية بما جعلها مطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت على النص تحت رقم ١٠٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٢ - ص ٥٢٣) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٣٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٨٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٤٩ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٣٣ (١) .

وقد سائر النص في أسباب كسب حق الانتفاع أسباب كسب الملكية . بعد أن حذف من أسباب كسب الملكية ما لا يتفق منها مع طبيعة حق الانتفاع . فالاستيلاء لا يرد على حق الانتفاع ، وكذلك الميراث لأن حق الانتفاع لا يورث إذ ينتهي حتماً بموت المتفع ، وتستعصى طبيعة حق الانتفاع على الالتصاق . فيبقى إذن من أسباب كسب الملكية التي تنطبق على حق الانتفاع الوصية والعقد ، وقد جمعها النص في كلمة « العمل القانوني » ، والشفعة والتقادم (٢) .

٤٨٣ - كسب حق الانتفاع ابتداء وكسبه انتقالاً : وحق الانتفاع ، كحق الملكية ، يمكن كسبه ابتداء وكسبه انتقالاً . بل إن حق الانتفاع في هذا الصدد يتميز عن حق الملكية في أن الغالب فيه أن يكسب ابتداء لا انتقالاً ،

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٣٧ - ينشأ حق الانتفاع بمجرد إرادة الإنسان ، ويمكن إنشاؤه لأجل أو بشرط . (والتقنين السوري مأخوذ من قانون الملكية العقارية اللبناني . وقد أغفل ذكر التقادم بين أسباب كسب حق الانتفاع ، ولم يذكر الشفعة لأنه لم يأخذ بها أصلاً) .

التقنين المدني الليبي م ٩٨٩ (مطابق ، فيما عدا أن الفقرة الأولى من نص التقنين الليبي تصيف القانون إلى أسباب كسب حق الانتفاع) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٤٩ : يصح أن تملك منافع الأعيان دون رقبها ، سواء كانت الأعيان عقاراً أو منقولاً .

م ١٢٥٠ : يكسب حق المنفعة بالعقد وبالوصية . ويجوز أيضاً أن يحتج الحائز لهذا الحق بالتقادم . (ولا يذكر التقنين العراقي الشفعة بين أسباب كسب حق الانتفاع ، لأنه في النصوص التي أوردها في الشفعة لا يجوز أخذ حق الانتفاع بالشفعة) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٣٣ : ينشأ حق الانتفاع بمجرد إرادة الإنسان ، ويمكن إنشاؤه إلى أجل أو بشرط . (والقانون اللبناني كالتقنين السوري لا يذكر بين أسباب كسب حق الانتفاع التقادم ولا الشفعة . والقانون اللبناني ، بخلاف التقنين السوري ، يأخذ بنظام الشفعة ، ويذكر في نصوص الشفعة جواز كسب حق الانتفاع بهذا السبب) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٢

في حين أن الغالب في حق الملكية أن يكسب انتقالا ولا يكسب ابتداء إلا بالاستيلاء .

فحق الانتفاع يكسب ابتداء بالوصية ، ويكسب انتقالا بالشفعة ، ويكسب ابتداء وانتقالا بالعقد والتقادم .

أما أن حق الانتفاع لا يكسب بالوصية إلا ابتداء ، فذلك لأنه لا يمكن الايصاء بحق انتفاع ينتقل إلى الموصى له بموت الموصى . فان حق الانتفاع ينتهي حتما بموت المنتفع ، فلا يجوز للمنتفع أن يوصى بحق الانتفاع لأن هذا الحق يكون قد انتهى بموته ، وعلى ذلك لا يكسب حق الانتفاع انتقالا بالوصية . وإنما يمكن بالوصية إنشاء حق الانتفاع ابتداء ، فيوصي المالك ملكية كاملة للعين بحق الانتفاع بها ، وبذلك ينشئ ابتداء بالوصية حق الانتفاع ولا ينقله . وأما أن حق الانتفاع لا يكسب بالشفعة إلا انتقالا . فذلك لأن الشفعة إنما تنقل للشفيع حق انتفاع قد تم إنشاؤه قبل أخذه بالشفعة . فأخذ حق الانتفاع بالشفعة إنما ينقل هذا الحق للشفيع ، ولا ينشئه .

والعقد تارة ينشئ حق الانتفاع وهو الغالب ، وطورا ينقل هذا الحق . فالمالك ملكية كاملة للعين ينشئ حق انتفاع على العين لمصلحة شخص آخر ، فيكون العقد في هذه الحالة منشئا لحق الانتفاع ابتداء . ومتى أنشئ حق الانتفاع بأي سبب من أسباب إنشائه ، جاز للمنتفع أن ينقل حقه للغير يبيع أو مقايضة أو هبة ، فيكون العقد في هذه الحالة ناقلا لحق الانتفاع لا منشئ له . والتقادم كذلك تارة ينشئ حق الانتفاع وهو الغالب ، وطورا ينقل هذا الحق . فقد ينشئ شخص على عقار غير مملوك له حق انتفاع لشخص آخر ، ثم يضع هذا الأخير يده على حق الانتفاع معتقدا بحسن نية أنه تعامل مع المالك . فيستطيع أن يكسب حق الانتفاع إذا ظل حائرا إياه خمس سنوات بالتقادم المكسب القصير ، ويكون التقادم في هذه الحالة قد أنشأ حق الانتفاع ابتداء . وقد يكون هناك حق انتفاع ثم إنشاؤه ، ويوثر المنتفع العين المنتفع بها ، ثم يغير المستأجر صفة حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة أصلية بنية تملك حق الانتفاع ، فيتملكه بالتقادم المكسب الطويل ، فيكون التقادم هنا ناقلا لحق الانتفاع لا منشئا له . ويقوم مقام التقادم المكسب القصير في العقار الحيازة

يحسن نية في المنقول ، وسيأتى بيان ذلك عند الكلام في التقادم باعتباره سببا لكسب حق الانتفاع (١) .

ويخلص مما قدمناه أن هناك أسبابا أربعة لكسب حق الانتفاع : العقد والوصية والشفعة والتقادم ، ويضاف إلى التقادم الحيازة في المنقول .

٤٨٤- السبب الأول - العقر : يكون العقد سببا لكسب حق الانتفاع

في حالات ثلاث :

(الحالة الأولى) يكسب العقد فيها حق الانتفاع بطريق الإنشاء (par-voie de constitution) ، وهذا طريق مباشر . فيرتب مالك العين ، عقارا كانت العين أو منقولا ، حق انتفاع على العين لمصلحة شخص آخر . ويكون ذلك بعقد منشئ للحق العيني ، وأكثر ما يكون هذا العقد بيعا أو هبة ، وقد يكون مقايضة أو وفاء بمقابل . أما البيع فنادر ، إذ يصعب تقدير قيمة حق الانتفاع وهي موقوفة على حياة المنتفع كما قدمنا ، فيصعب تبعا لذلك تقدير الثمن . وأما المقايضة فأندر ، ولكن يمكن تصور ذلك إذا تقايض شخصان على عيني ، فيكون لكل منهما حق الانتفاع في العين المملوكة للآخر . والهبة أقرب تصورا ، فهب شخص لآخر حق الانتفاع في عقار أو منقول مملوك للأول ليجد المنتفع بذلك موردا للعيش . فان كان الهبة واقعة على عقار وجب أن تكون بورقة رسمية ، ما لم تكن مستترة تحت اسم عقد آخر . وإن كانت واقعة على منقول وجب أيضا أن تكون بورقة رسمية ، ما لم يقبض المنتفع المنقول أو تكن الهبة مستترة تحت اسم عقد آخر . وأيا كان العقد ، بيعا أو هبة أو مقايضة أو غير ذلك ، فانه يجب تسجيله إذا رتب حق الانتفاع على عقار ، ولا ينشأ حق الانتفاع إلا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين إلا إذا سجل العقد طبقا للقواعد المقررة في التسجيل .

ويحدد العقد مدة لحق الانتفاع ، وينتهى حق الانتفاع حتما بموت المنتفع حتى قبل انقضاء المدة المحددة . فاذا لم يحدد العقد مدة ، عد حق الانتفاع مقررا مدى حياة المنتفع (م ٩٩٣ / ١ مدني) . وإذا كان حق الانتفاع مرتبا

لمصلحة شخص معنوى ، فقد ورد فى هذا الشأن نص فى التقنين المدنى الفرنسى ، إذ تقضى المادة ٦١٩ من هذا التقنين بأن المدة لا يجوز أن تزيد فى هذه الحالة على ثلاثين سنة . وورد فى كل من التقنين المدنى السورى (م ٩٣٦) وقانون الملكية العقارية اللبنانى (م ٣٢) أنه لا يجوز إنشاء حق الانتفاع لصالح أشخاص معنويين (١) . ولما كان التقنين المدنى المصرى لا يشتمل على مثل هذه النصوص ، وجب القول من جهة إن حق الانتفاع يجوز ترتيبه لصالح شخص معنوى ، ومن جهة أخرى إنه لا يوجد حد أقصى لمدة حق الانتفاع فى هذه الحالة . وعلى ذلك يجوز فى القانون المصرى ترتيب حق الانتفاع لصالح شخص معنوى ، ويحدد العقد مدته ، فاذا لم تحدد له مدة بقى طوال بقاء الشخص المعنوى ، ولكن ينتهى حق الانتفاع حتماً بانحلال الشخص المعنوى حتى قبل انقضاء المدة المحددة فى العقد .

والعقد الذى أنشأ حق الانتفاع هو الذى يقرر حقوق المتفع والتزاماته وغير ذلك من الشروط ، على أن يستكمل كل ذلك بالأحكام الواردة فى القانون والى سياتى بيانها (م ٩٨٦ مدنى) . ويصح أن ينشئ العقد حق الانتفاع منجزاً ، كما يصح أن يعلقه على شرط فاسخ أو على شرط واقف ، أو أن يقرنه بأجل واقف فلا يبدأ حق الانتفاع إلا فى وقت معين . ويجب أن يكون حق الانتفاع دائماً مقترناً بأجل فاسخ ، فإن لم يحدد العقد هذا الأجل كان الأجل الفاسخ هو مدة حياة المتفع كما سبق القول . ويجوز أن يقترن العقد بشروط وتكاليف (charges) (٢) ، وبوجه خاص يجوز جعل حق الانتفاع غير قابل للتزول عنه ولا للحجز عليه ، فيكون حق الانتفاع كحق الملكية مقترناً بشرط مانع من التصرف ، ويراعى فى ذلك نفس الأحكام التى سبق تفصيلها فى حق الملكية (م ٨٢٣ - ٨٢٤ مدنى) (٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٧٦ فى الهامش .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العقد الذى بموجبه يتسلم شخص أرضاً على أن يردّها فى نهاية المدة المتفق عليها ، بما ينشئ فيها من أبنية وغراس دون أى تعويض عنها ، يعتبر عقداً منشأً لحق انتفاع (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٩) .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦٦ .

(الحالة الثانية) يكسب العقد فيها حق الانتفاع بطريق الاحتفاظ بهذا الحق (par voie de retentiuion) ، وهذا طريق غير مباشر . فينقل مالك العين بالعقد الرقبة للغير ، ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع مدى حياته في الغالب . ويكون العقد في هذه الحالة منشأ لحق الرقبة لا لحق الانتفاع ، وإنما يبرز حق الانتفاع بطريق غير مباشر عن طريق فصل الرقبة عن الملكية الكاملة ، فيكون حق الانتفاع بعد أن انفصلت عنه الرقبة للمالك الأصلي ، وتكون الرقبة لمن تصرف له هذا المالك . وقد قدمنا (١) أن هذه الصورة هي التي تتحقق عادة في العمل في مصر ، وأنه يقصد بها غالباً التحايل على أحكام الميراث والوصية ، ومن أجل ذلك وضعت المادة ٩١٧ مدني قرينة قانونية على أن التصرف على هذا النحو يعتبر وصية مستترة ما لم يقيم الدليل على العكس . فان قام الدليل على العكس ، كان الحكم هو ما قدمنا ، وكان العقد هو الذي أنشأ حق الرقبة وبانفصالها عن الملكية الكاملة يبرز حق الانتفاع (٢) . أما إذا لم يقيم الدليل على العكس ، فالتصرف في مجموعه يعتبر وصية ، ويبقى المتصرف مالكا للعين ملكية كاملة مدة حياته ، ويجوز له الرجوع عن التصرف في أي وقت لأن الوصية يجوز الرجوع فيها . فان مات دون أن يرجع عن الوصية ، آلت العين كاملة للموصي له ، وتسرى سائر أحكام الوصية . وعلى هذا النحو لا تنفصل الرقبة عن الملكية الكاملة ولا يبرز حق الانتفاع في أي وقت ، لا في أثناء حياة المتصرف ولا بعد موته . وسواء اعتبر التصرف تصرفاً حال الحياة أو اعتبر وصية مستترة ، فانه إذا وقع على عقار وجب تسجيله طبقاً للقواعد المقررة في التسجيل ، إذ أنه يكون واجب التسجيل في الحالين .

(الحالة الثالثة) ينقل العقد فيها حق انتفاع ثم إنشاؤه من قبل ، ويكون العقد في هذه الحالة ناقلاً لحق الانتفاع (par voie d' aliénation) لا منشأ له . وسنرى (٣) ، عند الكلام في حقوق المنتفع ، أن لهذا الأخير أن يتصرف في حق الانتفاع بالبيع والهبة وغير ذلك من أنواع التصرف . ولكن

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٨٠ .

(٢) أنظر استئناف مخطوط ١٧ يونيو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٧١ - ١٨ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣١٦ .

(٣) أنظر مايلى فقرة ٥٠٥ .

ينتهى حق الانتفاع حتماً بموت المستفع الأصلي ، أما موت من تصرف له المستفع الأصلي فلا ينهى الحق بل ينتقل الحق بموت إلى ورثته ، وهذه صورة خاصة يورث فيها حق الانتفاع (١) . ويبقى المستفع الأصلي ، بالرغم من نزوله عن حق الانتفاع للغير ، ملتزماً بجميع التزامات المستفع . ويعد شخصه هو ، لا شخص من تصرف له ، محل الاعتبار في انتهاء حق الانتفاع بالموت ، فإذا مات أنتهى حق الانتفاع ولو بقي المتصرف له حياً . ومنعود لهذه المسألة عند الكلام في أعمال التصرف التي تصدر من المستفع (٢) .

٤٨٥ السبب الثاني - الوصية : وينشأ حق الانتفاع ابتداءً بالوصية ، وقد قدمنا أن حق الانتفاع لا يكسب بالوصية الا ابتداءً (٣) . وكسب حق الانتفاع بالوصية أكثر وقوعاً في العمل من كسبه بالعقد . ويتم ذلك بأحد طريقين : إما بأن يوصى مالك العين بحق الانتفاع بها لشخص معين فتبقى الرقبة للورثة ، وهذا يقابل كسب حق الانتفاع بالعقد بطريق الإنشاء (par voie de constitution) ، أو بأن يوصى مالك العين بالرقبة لشخص معين فيبقى حق الانتفاع للورثة وهذا يقابل كسب حق الانتفاع بطريق الاحتفاظ بهذا الحق (par voie de rétention)

وتسرى أحكام الوصية من حيث الشكل ، ومن حيث النصاب الجائز الإيصاء به ، ومن حيث انتقال الحق إلى الموصى له ببقائه حياً بعد موت الموصى ، ومن حيث وجوب التسجيل إذا كانت الوصية واقعة على عقار ، ومن حيث سائر أحكام الوصية . وتحدد الوصية مدة حق الانتفاع على التفصيل الذي ذكرناه في تحديد المدة بالعقد ، وتقرر حقوق المستفع والتزاماته على أن تستكمل ذلك بالأحكام الواردة في القانون ، ويصح أن تعلق الوصية حق الانتفاع على شرط فاسخ أو على شرط واقف أو تقرنه بأجل واقف ، كما يصح أن تقرنه بشروط وتكاليف ومنها جعله غير قابل للتصرف فيه ولا للحجز عليه ، وذلك كله على النحو الذي قدمناه فيما إذا كان سبب كسب حق الانتفاع هو العقد .

(١) أنظر إسماعيل غانم ص ١٠ .

(٢) أنظر مايل فقرة ٥٠٥ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤٨٣ .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٨٥ مدني ، فيما رأينا (١) ، على ما يأتي :

« ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين ، إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، كما يجوز للحمل المستكن ، - والمفروض أن الموصى يوصى بحق الانتفاع في العين لشخصين ، أو أكثر على التعاقب بحيث إذا انتهى حق انتفاع الأول بانقضاء مدته أو بموت المنتفع ، نشأ حق انتفاع جديد لا صلة له بحق الانتفاع الأول ولا يعتبر استمرارا له لمصلحة الشخص الثاني ، حتى إذا انتهى حق الانتفاع الثاني بانقضاء مدته أو بموت المنتفع الثاني نشأ حق انتفاع ثالث لاصلة له بحق الانتفاع الثاني لمصلحة الشخص الثالث ، وهكذا . وغنى عن البيان أنه كما يمكن الإيصاء بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين على هذا النحو ، يمكن من باب أول الإيصاء بحق الانتفاع لأشخاص مجتمعين في وقت واحد ، فيكون حق الانتفاع شائعا بينهم . فإذا كانوا ثلاثة مثلا ، وكانت حصصهم متساوية بحسب الوصية ، كان لكل منهم حق الانتفاع بثلث العين شائعا في العين كلها . وينتهي حق الانتفاع بالنسبة إليهم جميعا بانقضاء مدته المحددة في الوصية ، وينتهي حتما بالنسبة إلى الثلث الشائع من العين إذا مات أحد منهم ، فتصبح ورثة الموصى مالكة ملكية كاملة لهذا الثلث ولها ملك الرقبة في الثلثين الباقيين .

وفي حالة ما إذا كان الإيصاء لأشخاص متعاقبين ، فإن الأول منهم مستقل وحده بحق الانتفاع ولا يشاركه الآخرون فيه ، وذلك إلى أن ينتهي هذا الحق . ثم يعقبه حق الانتفاع الثاني ، فحق الانتفاع الثالث ، وهكذا ، كما سبق القول . فإذا كان الأشخاص المتعاقبون ثلاثة ، كان هناك حقوق انتفاع ثلاثة تتوالى وكل منها مستقل عن الحقين الآخرين ، ويكون كل حق منها مستمدا مباشرة من الوصية التي أنشأته لا من حق الانتفاع الذي سبقه . ويرتب على ذلك أن كلا من هؤلاء الأشخاص الثلاثة الموصى لهم يجب أن يكون ، كما تقول المادة ٩٨٥ / ٢ مدني فيما رأينا ، موجودا على قيد الحياة وقت الوصية ، أو في القليل يجب أن يكون حملا مستكنا في هذا الوقت إذ

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٨٢ .

تجوز الوصية للحمل المستكن (١) . فيكون الموصي قد أوصى بحق الانتفاع مباشرة لكل من هؤلاء الثلاثة وهم موجودون على قيد الحياة وقت أن أوصى ، فأنشأ بذلك ثلاثة حقوق انتفاع مستقلة بعضها عن بعض ، الأول منها منجز ، والثاني مقترن بأجل واقف هو انتهاء الأول ، والثالث مقترن أيضاً بأجل واقف هو انتهاء الثاني . وتكون ورثة الموصي ، طوال المدة التي تبقى فيها حقوق الانتفاع الثلاثة المتعاقبة ، ما لकिन لرقة العين ، حتى إذا انتهى حق الانتفاع الثالث والأخير عادت لهم ملكية العين كاملة .

وشروط وجود الموصي لهم على قيد الحياة وقت الوصية شرط أساسي . وهو الذي يميز هذا التصرف عن الوقف . ففي الوقف ينتقل الانتفاع بالعين الموقوفة من مستحق إلى من يليه من المستحقين ، دون أن يشترط وجود جميع المستحقين المتعاقبين على قيد الحياة وقت الوقف . وهذه هي مزية يختص بها الوقف ، كما يختص في إنشائه وفي الآثار التي ترتب عليه بأحكام خاصة قررتها الشريعة الإسلامية . أما هنا فنحن في صدد وصية بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، فتسرى عليها أحكام الوصية وأحكام حق الانتفاع لا أحكام الوقف . ولو لم يشترط وجود الأشخاص المتعاقبين على قيد الحياة وقت الوصية ، لأمكن أن تكون هذه الوصية وقفاً ، ولأمكن للموصي أن يسلك إلى الوقف عن غير طريقه . ولذلك لا يجوز الإيضاء بحق الانتفاع لشخص معين ، ثم لورثته من بعده دون أن يتعين أشخاص الورثة ودون أن يكونوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، إلا إذا سلك الموصي طريق الوقف لتحقيق هذه الغاية (٢) .

(١) وقد كانت المادة ٣٣/١٦ من التقنين المدني السابق تنص على أنه « لا يعطى ذلك الحق (حق الانتفاع) إلا لشخص أو أكثر موجود على قيد الحياة وقت الإعطاء ، وينتهي على كل حال بوفاته إن لم يكن له ميعاد محدد قبل الوفاة المذكورة » . فالنص يشترط ألا يعطى حق الانتفاع إلا لشخص موجود على قيد الحياة وقت الإعطاء ، فيقع لبس فيما إذا كانت الوصية به تجوز للحمل المستكن وهل يمكن اعتبار الحمل المستكن شخصاً موجوداً على قيد الحياة . فجاء نص المادة ٢/٩٨٥ من التقنين المدني الجديد حاسماً لهذه المسألة ، إذ قال صراحة إنه تجوز الوصية بحق الانتفاع للحمل المستكن (أنظر عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢١٦ ص ٢٥٩) .

(٢) وفي الشريعة الإسلامية يشترط في الموصي له أن يكون معلوماً وأن يكون موجوداً عند الوصية إن كان معيناً، فإن لم يكن معيناً كالوصية لأولاد فلان فلا يشترط أن يكون موجوداً عند

٤٨٦ - السبب الثالث - الشفعة : رأينا عند الكلام في الشفعة أن المادة

٩٣٦ مدني تنص على ما يأتي : « يثبت الحق في الشفعة : (ا) لمالك الرقبة ، إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه . (ب) للشريك في الشيوع ، إن بيع شيء من العقار الشائع لأجنبي . (ح) ... » . ويظهر في وضوح أن الكلام هنا عن حق انتفاع قائم قد تم إنشاؤه ، فيؤخذ بالشفعة بعد تمام الإنشاء . وتكون الشفعة إذن سببا لكسب حق الانتفاع انتقالا من المنتفع إلى الشفيع ، لا سببا لإنشاء حق الانتفاع ابتداء . وقد قدمنا أن حق الانتفاع لا يكسب بالشفعة إلا انتقالا ، والشفعة لا تنشئ حق الانتفاع ، وإنما تنقل حق منتفع إلى منتفع آخر (١) .

فمالك الرقبة ، إذا بيع حق الانتفاع الملابس للرقبة ، له أن يأخذ حق الانتفاع المبيع بالشفعة ، ومن ثم تكون الشفعة سببا من أسباب كسب حق الانتفاع . وفي هذا الفرض إذا أخذ مالك الرقبة حق الانتفاع بالشفعة ، اجتمع في يد شخص واحد الرقبة وحق الانتفاع ، فينتهي حق الانتفاع باتحاد الذمة ، ويصبح مالك الرقبة مالكا للعقار ملكية كاملة ، وقد سبق أن فصلنا القول في ذلك عند الكلام في الشفعة (٢) .

وإذا كان حق الانتفاع شائعا بين شخصين ، وباع أحدهما حصته الشائعة لأجنبي ، فللشريك الآخر أن يأخذ هذه الحصة الشائعة بالشفعة ، ما لم يأخذها مالك الرقبة إذ هو مقدم في المرتبة ، وقد سبق بيان ذلك تفصيلا عند الكلام في الشفعة (٣) . فإذا لم يتقدم مالك الرقبة لأخذ الحصة الشائعة في حق الانتفاع بالشفعة ، وأخذها الشريك المشتاع ، كانت الشفعة هنا أيضا سببا لكسب جزء شائع في حق الانتفاع .

= الوصية ولا وقت موت الموصي (أنظر آنفاً فقرة ٧٤) - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٣ .
وانظر في القانون الفرنسى أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٨ ص ٦٣٦ - بودرى وشوفو فقرة ١٤٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦٧ .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٨٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٨٠ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٨١ .

٤٨٧ - السبب الرابع - التقادم : ويقصد بالتقادم هنا التقادم المكسب القصير في العقار ، وتضاف إليه الحيازة في المنقول ، وكذلك التقادم المكسب الطويل في العقار والمنقول .

فالتقادم المكسب القصير في العقار يكسب به حق الانتفاع المترتب على عقار . ويتحقق ذلك إذا رتب شخص على عقار لا يملكه حق انتفاع لمصلحة شخص آخر حسن النية ، فإذا بقي هذا الشخص الآخر حائزاً لحق الانتفاع خمس سنوات ، فإنه يكسبه بالتقادم القصير ، ويكون هذا التقادم إذن سبباً في كسب حق الانتفاع ابتداء ، أى في إنشاء حق الانتفاع .

وإذا فرض أن هناك منقولا بدلاً من العقار ، ورتب عليه غير المالك حق انتفاع لمصلحة شخص آخر ، فحيازة هذا الشخص لحق الانتفاع على المنقول بحسن نية يكسبه حق الانتفاع بمجرد الحيازة ، فتكون الحيازة في هذا الفرض سبباً لكسب حق الانتفاع ابتداء .

أما كسب حق الانتفاع بالتقادم الطويل فيصعب تصور وقوعه عملاً . وإذا حاز شخص عقاراً أو منقولاً وهو سىء النية ، وبقي حائزاً له مدة خمس عشرة سنة ، فهو لا يقف بداهة عند القول بأنه إنما حاز حق انتفاع فحسب ، ما دام الباب أمامه مفتوحاً للقول بأنه حاز حق ملكية كاملة ، وأنه كسب ملكية العقار أو المنقول ، لا حق انتفاع فحسب ، بالتقادم الطويل . وتفترض عادة صورة أخرى ، فيها يرتب غير المالك على العقار أو المنقول حق انتفاع لشخص سىء النية ، فيبقى هذا الشخص حائزاً لحق الانتفاع مدة خمس عشرة سنة ، فيكسب هذا الحق ابتداء بالتقادم الطويل (١) . وهذا الفرض أيضاً بعيد الوقوع في العمل . ويمكن أن نتصور فرضاً أقرب وقوعاً ، هو أن يؤجر صاحب حق الانتفاع حقه ، ثم يغير المستأجر صفة حيازته لحق الانتفاع الذي استأجره من حيازة عرضية إلى حيازة أصلية ، ويستمر حائزاً لحق الانتفاع على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة ، فيكسب الحق بالتقادم الطويل ، ويكون التقادم هنا سبباً لنقل حق الانتفاع لا لإنشائه ، إذ ينتقل

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٠ - إسماعيل غانم ص ٨ - عبد المنعم البدر أوى

هذا الحق من صاحبه الأصلي وهو المؤجر إلى المستأجر الذي كسبه بالتقادم .

٤٨٨ - مطالبة المنتفع بحقوق الانتفاع بعد كسبه : وإذا كسب شخص

حق الانتفاع بسبب من أسباب كسبه التي سبق بيانها ، فإنه يستطيع أن يطالب بهذا الحق عن طريق دعويين ، الأولى عينية والأخرى شخصية .

فالدعوى العينية تكون للمنتفع ضد أى حائز لحق الانتفاع ، سواء كان هذا الحائز هو الذى أعطى حق الانتفاع للمنتفع أو كان وارثاً له ، أو كان من الغير . فالمنتفع يتبع حقه فى أى يد كان هذا الحق ، كما يتبع المالك ملكه . وكما يرفع المالك دعوى الملكية على أى حائز وتسمى دعواه بدعوى الاستحقاق (action en revendication) ، كذلك يرفع المنتفع دعوى حق الانتفاع على أى حائز وتسمى دعواه بدعوى الإقرار بحق الانتفاع *action confessoire d'usufruit* (١) .

والدعوى الشخصية تعطى للمنتفع إذا كان قد كسب حق الانتفاع بعقد فيطالب من تعاقد معه بدعوى العقد ، أو كسبه بوصية فيطالب الورثة بدعوى الوصية ، أو كسبه بالشفعة فيطالب البائع لحق الانتفاع بدعوى التسليم المستمدة من عقد البيع . والدعوى الشخصية لا تجب الدعوى العينية وإنما توجد إلى جانبها .

ويتسلم المنتفع العين بالحالة التى تكون عليها وقت أن يتسلمها ، وليس له أن يطلب من مالك الرقبة أن يسلمها إياه فى حالة جيدة (٢) . ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يتفق المنتفع مع مالك الرقبة على أن يسلمه العين فى حالة جيدة (٣) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٢ - وإذا رفع المالك دعوى على الحائز الذى يدعى أن له حق انتفاع على العين ، يتمسك فيها بإنكار حق الانتفاع على الحائز ، سميت الدعوى بدعوى إنكار حق الانتفاع *action négatoire d'usufruit* .

(٢) أنظر المادة ٦٠٠ مدنى فرنسى .

(٣) ولا يجوز لمالك الرقبة أن يتصرف فى العين لمصلحة خاصة مع الإضرار بمصلحة المنتفع ، فلا يجوز له مثلاً أن يبيع العقار المنتفع به لإجراء قسمة التصفية (licitation) ، بحيث يتحول حق المنتفع من العقار إلى ما يقابله من الثمن . وإذا تضرر المنتفع من ذلك ولم يقبله ، فإن حق انتفاعه على العقار يبقى بالرغم من البيع (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٠ هامش ٢ مكرر - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٣) .

الفرع الثاني

الاثار التي تترتب على قيام حق الانتفاع

المبحث الأول

آثار حق الانتفاع بالنسبة إلى المنتفع

٤٨٩ - نص قانوني : تنص المادة ٩٨٦ مدني على ما يأتي :

« يراعى في حقوق المنتفع والتزاماته السند الذي أنشأ حق الانتفاع وكذلك الأحكام المقررة في المواد الآتية » (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٨ / ١٩ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل . وفي التقنين المدني الليبي م ٩٩١ . وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٥١ . وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٣) .

وفهم من هذا النص أن حقوق المنتفع والتزاماته ، وهذه هي الآثار التي تترتب على قيام حق الانتفاع بالنسبة إليه ، ترد عادة في السند الذي أنشأ حق الانتفاع . فترد في العقد إذا كسب حق الانتفاع بعقد ، أو في الوصية إذا كسب بوصية ، أو في عقد البيع المشفوع فيه إذا كسب بالشفعة . أما إذا كسب حق الانتفاع بالتقادم ، فأعمال الحيازة التي أدت إلى التقادم هي التي تحدد مدى حق الانتفاع الذي كسب بهذا السبب .

وإلى جانب ما يرد في السند ، توجد أحكام قررها القانون تجب مراعاتها . وأغلب هذه الأحكام لا تعتبر من النظام العام ، فتراعى ما لم يرد

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٦١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٤ - ص ٥٣٥) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٨ / ١٩ : تراعى فيما يكون لصاحب حق الانتفاع من الحقوق وما يترتب عليه من الواجبات شروط العقد المترتب عليه حق الانتفاع والأصول المقررة في المواد الآتية . (وحكم التقنين المدني السابق يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

(٣) للتقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٩١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٥١ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

في السند ما يخالفها . وبعضها يعتبر من قنظام العام فتجب مراعاته حتماً ،
ويبطل ما يرد مخالفاً له في السند . والأصل أن الأحكام التي وردت في
القانون ليست من النظام العام ، فيجوز أن يرد في السند ما يخالفها ويعمل
بما ورد في السند . أما الأحكام التي تعتبر من النظام العام ولا تجوز مخالفتها ،
فطبيعتها تمنع عليها وتسهل معرفتها .

ونرجع إلى الأحكام التي وردت في القانون لتحديد آثار قيام حق
الانتفاع بالنسبة إلى المنتفع ، وهذه الآثار تتمثل في حقوق تثبت له ، وفي
التزامات تترتب في ذمته . أما الحقوق التي تثبت له ، فترجع كلها إلى ما له
على العين من حق عيني هو حق الانتفاع ، فهي تبين مدى هذا الحق .
وأما الالتزامات التي تترتب في ذمته ، فقد تنشأ من سند حق الانتفاع .
والالتزامات التي وردت في الأحكام التي قررها القانون ، وهي التي تعيننا
هنا ، تنشأ من واقعة مادية هي أن رقبة العين المنتفع بها في يد المنتفع ،
فيوجب عليه القانون التزامات تهدف إلى المحافظة على العين والعناية بها حتى
ترد إلى صاحبها . فهي إذن التزامات مصدرها القانون ، وتترتب في ذمة
المنتفع نحو مالك الرقبة .

ونتكلم في حقوق المنتفع ، ثم في التزاماته .

الطلب الأول

حقوق المنتفع

٤٩٠ - مدى هذه الحقوق : للمنتفع حق عيني في العين المنتفع بها هو
حق الانتفاع ، ومنه تنفرع جميع الحقوق للمنتفع كما قدمنا .
وحق الانتفاع يجرى حق الملكية . فهذا الحق الأخير يشتمل على
عناصر ثلاثة هي الاستعمال والاستغلال والتصرف ، يقتطع منها حق الانتفاع
العنصرين الأولين وهما الاستعمال والاستغلال ، ويبقى العنصر الثالث وهو
التصرف لمالك الرقبة .

وما للمنتفع من حق استعمال الشيء المنتفع به وحق استغلاله يوليه على
الشيء سلطة تخول له أن يقوم بإدارته ، وأن يتصرف في حق الانتفاع دون
حق الرقبة ، وأن يباشر ما يقتضي كل ذلك من الدعاوى .

فتكلم في حق المتفع في استعمال الشيء واستغلاله ، ثم في مدى سلطة المتفع على الشيء المتفع به .

§ ١ - هو المتفع في استعمال الشيء واستغلاله

٤٩١ - هو المتفع في استعمال الشيء : وللمتفع الحق في استعمال

الشيء المتفع به على النحو الذي يستعمل به المالك ملكه ، فقد حل المتفع بموجب حق الانتفاع محل المالك في استعمال الشيء . فله إذن أن يستعمل الشيء في كل ما أعد له ، وفي كل ما يمكن أن يستعمل فيه . وعلى ذلك يستطيع أن يستعمل الشيء استعمالاً شخصياً ، فإذا كان داراً كان له أن يسكنها ، أو سيارة كان له أن يركبها ، أو ملابس كان له أن يرتديها ، أو مجوهرات كان له أن يتقلدها (١) . ولكنه ، على خلاف المالك ، لا يستطيع أن يصل في الاستعمال إلى حد استهلاك الشيء أو إتلافه ، فانه ملزم بالمحافظة عليه لرده بعد انتهاء حق الانتفاع (٢) . ويتقيد المتفع ، كما يتقيد المالك ، بالقيود التي فرضها القانون في استعمال الشيء . فلا يجوز أن يفتح مطلاً على الجار إلا في المسافة التي حددها القانون ، ولا أن يستعمل العقار الذي ينتفع به استعمالاً من شأنه أن يضر بالجار ضرراً غير مألوف .

وكما يجوز للمتفع أن يستعمل الشيء ذاته ، يجوز له أيضاً أن يستعمل ملحقاته . فله أن يستعمل حقوق الارتفاق التابعة للأرض المتفع بها ، من

(١) وإذا كان الشيء المتفع به أرضاً زراعية ، كان له أن يزرعها بنفسه أو بواسطة غيره ، ولكن هذا يكون استغلالاً لا استعمالاً . وللمتفع الحق في الصيد والقنص في الأرض المتفع بها هو وغيره ممن يدعونه لذلك ، ويكون هذا استعمالاً . وذلك ما لم يكن المالك قد سبق له إيجار الحق في الصيد والقنص ، فيجب عندئذ على المتفع احترام عقد الإيجار ، ولكن يكون له الحق في الأجرة طول مدة الانتفاع (بلايول وريير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٥ ص ٧٦٨) .

(٢) وقد لا يستعمل المتفع الشيء بنفسه ، بل يدعوه غيره إلى استعماله تبرعاً دون مقابل ، كأن يستضيف بعض ذويه للإقامة في الدار التي ينتفع بها ، أو يعير السيارة التي له فيها حق الانتفاع . أما إذا نزل عن الاستعمال للغير بمقابل ، فإن هذا يكون استغلالاً لا استعمالاً (أنظر في حق الاستعمال المحول للمالك الوسيط ٨ فقرة ٢٩٩) . وقد قدمنا أنه إذا كان الشيء المتفع به قابلاً للاستهلاك كما هو الأمر في شبه حق الانتفاع ، انتقلت ملكية الشيء إلى المتفع ، وجاز له استهلاكه والتصرف فيه ، على أن يرد مثله أو قيمته عند نهاية حق الانتفاع (أنظر آنفاً فقرة ٤٧٧) .

شرب ومجرى ومسيل ومرو وغير ذلك (١) . وله كذلك أن يستعمل المنقولات الملحقة بالشيء ، سواء اعتبرت عقارات بالتخصيص أو لم تعتبر ويمتد حقه إلى ما يتراكم من الطمي بطريقة تدريجية غير محسوسة ملاصقة للأرض المنتفع بها (alluvion) إذ تصبح الأرض المتكونة من هذا الطمي ملكاً لمالك الأرض (م ٩١٨ مدني) (٢) فيشملها حق الانتفاع . أما طرح النهر والجزائر التي تتكون في مجراه ، فلا يتناولها حق الانتفاع لأنها لا تصبح ملكاً لمالك الأرض ، بل تخضع لقوانين خاصة (م ٩٢١ مدني) (٣)

٤٩٢ - من المنتفع في استعمال الشيء : وينحول حق الانتفاع للمنتفع

أن يستغل الشيء ، والحق في الاستغلال هو الذي يميز حق الانتفاع عن حق الاستعمال وحق السكنى حيث لا يجوز فيهما للمنتفع أن يستغل الشيء . والاستغلال قد يكون مباشراً ، كأن يزرع المنتفع بنفسه الأرض التي ينتفع بها ويحني ثمارها . وقد يكون غير مباشر ، عن طريق جعل الغير يحني ثمار الشيء ويدفع للمنتفع مقابلاً لذلك . فالمنتفع بمنزل يؤجره للغير ، فيحني ثماره في صورة الأجرة . والمنتفع بأرض زراعية يؤجرها لمن يزرعها ، ويقبض الأجرة هو أيضاً وهذه هي غلة الأرض . وقد يؤجر المنتفع الأرض الزراعية مزارعة ، فيحصل على جزء من المحصول هو غلة الأرض بالنسبة

(١) وتنص المادة ٩٤٢ من التقنين المدني السوري على ما يأتي : « للمنتفع حق الاستعمال القائم باستغلال العقار لاستمتاعه الذاتي ، أو لصالحه الشخصي . ويكون هذا الحق شاملاً شمول حق مالك العقار ، ويدخل في ذلك استعمال حقوق الارتفاق ، وكذلك حق الصيد والقنص ، مالم يكن صاحب العقار قد أجر هذه الحقوق قبل إنشاء حق الانتفاع » . وتنص المادة ٣٩ من قانون الملكية العقارية اللبناني على أن « للمنتفع حق الاستعمال ، أي استعمال العقار لمنفعته الذاتية أو لمصلحته الشخصية . ويذهب هذا الحق إلى الحد الذي يذهب إليه حق صاحب الملك ، ويشمل حق استعمال الارتفاق وحق الصيد والقنص ، مالم يكن صاحب العقار قد أجر هذه الحقوق قبل إنشاء حق الارتفاق » .

وانظر بلانيول وريير وبولانجيه ١ فقرة ٣٥١٣ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٩٤ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٩٥ - وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٠ - ص ٦٦١ -

بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٧٧٥ ص ٧٦٩ .

إليه ، دون أن يقوم هو نفسه بالزراعة (١) . ويرد على الاستغلال ، كما يرد على الاستعمال ، قيود يفرضها القانون . من ذلك ما يفرضه قانون إيجار الأماكن من تعيين حد أقصى للأجرة ، ومن ضرورة استبقاء المستأجر حتى بعد انتهاء الإيجار فلا يستطيع طلب الإخلاء إلا لأسباب معينة حددها القانون . ومن ذلك ما يفرضه قانون الإصلاح الزراعي من تحديد أجرة الأرض الزراعية بسبعة أمثال الضريبة ، ومن ضرورة استبقاء المستأجر في الأرض . وفي المزارعة لا يجوز للمنتفع أن يأخذ أكثر من نصف المحصول ، ويجب أن يبقى للمزارع نصف المحصول على الأقل (٢) .

٤٩٣ - من المنتفع في الاستغلال يجعل له الثمار في النص

قانوني : وقد رأينا مما تقدم أن حق المنتفع في استغلال الشيء المنتفع به يفرع عنه حقه في الحصول على ثماره . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٩٨٧ مدني إذ تقول :

« تكون ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه ، مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ » (٣) .

(١) وقد يستغل المنتفع المياه المعدنية الموجودة في الأرض التي ينتفع بها ، بأن يبيعها ويقبض ثمنها ويعتبر هذا الثمن غلة للأرض . أنظر في استغلال المالك للملكة الوسيط ٨ فقرة ٣٠٢ .
(٢) وقد يضع القانون قيوداً على زراعة الأرض ، فيحدد مثلاً المساحة التي يجب أن تروى قطناً ، ويحظر زراعة الأرز إلا في مناطق معينة . وإذا أراد المنتفع استغلال محل مقلق للراحة أو ضار بالصحة ، وجب عليه استيفاء شروط معينة والحصول على ترخيص إداري . كذلك إذا أراد المنتفع استغلال صيدلية ، وجب عليه أن يقيم فيها صيدلياً مؤهلاً ، إلى غير ذلك من قيود متنوعة ترد على الاستغلال . أنظر في القيود التي ترد على استغلال المالك للملكة الوسيط ٨ فقرة ٣٠٣ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « تكون ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع على قدر مدة انتفاعه ، كما أن للمنتفع الحق في الثمار الطبيعية القائمة عند بدء الانتفاع دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير ، أما الثمار التي تكون قائمة وقت انتهاء حق الانتفاع فهي من حق المالك ، على أن يوفى كل منهما الآخر ما أنفقته » . وفي لجنة المراجعة عدلت المادة تعديلاً جعلها مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمها ١٠٦٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٥ - ص ٥٣٧) . =

وقد سبق أن ميزنا بين الثمار (fruits) والمنتجات (produits) .
فالثمار هي ما ينتجه الشيء من غلة دورية متجددة ، وهي مع تفرعها عن
الشيء لا تمس أصله ولا تنتقص منه . والمنتجات هي ما يخرج من الشيء في
أوقات متقطعة غير منتظمة ، فهي على خلاف الثمار غير دورية ولا متجددة ،
وتمس أصل الشيء وتنتقص منه (١) . وسبق أيضاً أن قسمنا الثمار إلى ثمار
طبيعية ، وثمار صناعية أو مستحدثة ، وثمار مدنية (٢) .

= ولامقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٤٤ : ١ - للمنتفع الحق بثمار العقار ، أى بالحصلات
الطبيعية أو النقدية التي يغلها العقار في فترات معينة منتظمة بدون أن تنقص تلك الثمار شيئاً
من جوهر العقار ، ويدخل في هذه الحصلات بدل تأجير حق الصيد والقنص . ٢ - ويدخل
في حكم الثمار حصلات المناجم المكشوفة والمناجم المستورة والمقالع ، إذا كانت هذه الحصلات
عائدة لمالك العقار ، بشرط أن يكون المنجم أو المقلع قد فتح قبل بدء الانتفاع ، والأشجار
إذا كانت تغل بأجال منتظمة لاستهلاك حطبها أو بيعها .

م ٩٤٥ : ١ - في بدء الانتفاع وعند نهايته ، يصير توزيع الثمار التي لم تكن قد جمعت
بعد أو ما كان منها باقياً بدون جمع بين المنتفع ومالك العقار بنسبة المدة التي كان فيها حق
الانتفاع قائماً والمدة التي لم يكن قائماً فيها ، مع مراعاة مدة الإنتاج السنوية أو غير السنوية
المقابلة للثمار . ٢ - ليس لمالك العقار على المنتفع ، ولا للمنتفع على مالك العقار ، حق استرداد
شيء من نفقات الحراثة ، وإنما يحسب له ثمن الأسمدة والبذار التي تكون قد استعملت لتحضير
الثمار النائمة على الأرض عند ابتداء الانتفاع أو عند نهايته .

(والتقنين السوري اتبع طريقة معقدة في توزيع الزرع القائم وقت بداية الانتفاع
أو عند نهايته بين المالك والمنتفع) .

التقنين المدني الليبي م ٩٩١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٥٢ : للمنتفع أن يستعمل الشيء المنتفع به وتوابعه ، وله
أن يستولى على ثماره مدة انتفاعه . وله نتائج المواشي ، وعليه أن يعرض منها ما نفق من الأصل .
(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٤٠ (مطابقة للمادة ٩٤٤ مدني سوري وقد أخذت هذه
المادة الأخيرة منها) .

م ٤١ (مطابقة للمادة ٩٤٥ مدني سوري وقد أخذت هذه المادة الأخيرة منها) .

(وقد أخذ التقنين السوري من القانون اللبناني ، وما قيل هناك يقال هنا) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٦٦ - وانظر الوسيط ٨ فقرة ٣٦٣ - فقرة ٣٦٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٦٦ .

والأصل أن يكون للمنتفع الحق في الثمار ، لا في المنتجات . ويكون له الحق في جميع الثمار ، سواء كانت طبيعية أو صناعية أو مدنية . ويدخل في الثمار المدنية ، فتكون من حق المنتفع ، فوائد رؤوس الأموال ، سواء نتجت عن قرض ، أو عن إيراد مرتب ، أو عن أسهم أو حصص في الشركات ، فتكون أرباحها للمنتفع . ويستحق المنتفع الثمار ، كما تقول المادة ٩٨٧ سالفه الذكر « بنسبة مدة انتفاعه » .

فاذا كانت الثمار مدنية ، كان من اليسير حساب ما يستحقه المنتفع من هذه الثمار . ففي أجرة الدار مثلاً ، يستحق المنتفع الأجرة شهراً فشهراً إذا كان ميعاد استحقاقها شهرياً . فاذا بدأ حق الانتفاع في اليوم السادس عشر من الشهر مثلاً ، كان ما يستحقه هو أجرة باقى أيام الشهر ثم أجرة الشهور التالية إلى أن ينتهى حق الانتفاع . فاذا انتهى في اليوم العاشر من الشهر مثلاً ، استحق المنتفع عن هذا الشهر الأخير أجرة عشرة الأيام التى انتهى بانقضائها حقه . أما إذا كانت الثمار طبيعية أو صناعية ، فقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٩٨٧ مدنى سالفه الذكر تنص على أن للمنتفع الحق في الثمار الطبيعية القائمة عند بدء الانتفاع دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير ، أما الثمار التى تكون قائمة وقت انتهاء الانتفاع فهى من حق المالك ، على أن يوفى كل منهما الآخر ما أنفقه . وبحسب هذا النص يكون للمنتفع الحق في الثمار الطبيعية والصناعية ما كان قائماً منها في الأرض وقت بدء الانتفاع ، على أن يرد للمالك ما سبق له أن أنفقه في إنتاج هذه الثمار ، ثم يكون له الحق فيما يتجدد من هذه الثمار طول مدة الانتفاع ، وهو الذى ينفق طبعاً على إنتاجها . فاذا انتهى حق الانتفاع ، وكان في الأرض زرع قائم وقت انتهاء الحق ، فالزرع للمالك ، وعليه أن يرد للمنتفع ما سبق له أن أنفق في إنتاجه (١) . ولكن المشروع

(١) أما التقنين المدنى الفرنسى فلا يجعل المالك يرجع بما أنفق على إنتاج الزرع القائم في الأرض وقت بدء حق الانتفاع ، ولا يجعل المنتفع يرجع بما أنفق على إنتاج الزرع القائم في الأرض وقت انتهاء حق الانتفاع ، فكأنه يجعل ما أنفق المالك قصاصاً فيما أنفق المنتفع . وهذا يصح لو أن هناك زرعاً قائماً وقت انتهاء حق الانتفاع بقدر الزرع الذى كان قائماً وقت بدء الانتفاع . ولكن يقع كثيراً أن الأمر لا يكون على هذا النحو ، فيخسر المالك أو يخسر المنتفع بحسب الأحوال (انظر م ٥٨٥ مدنى فرنسى - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨٠ ص ٧٧٤) . أما الثمار المدنية فتكسب يوماً يوماً في التقنين الفرنسى ، كما هو الأمر في التقنين المصرى (انظر م ٥٨٦ مدنى فرنسى) .

التمهيدى لنص المادة ٩٨٧ مدنى عدل فى لجنة المراجعة ، واستقر نهائياً على ما هو عليه من أن « ثمار الشئ المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه » ، وذلك سواء كانت الثمار مدنية أو صناعية أو طبيعية (١) . فأصبح من المتعين أن تكون الثمار الطبيعية والصناعية مستحقة للمنتفع « بنسبة مدة انتفاعه » (٢) . فاذا لم يكن فى الأرض زرع قائم لا وقت بداية حق الانتفاع ولا عند نهايته ، وتولى المنتفع زراعة الأرض طول مدة الانتفاع ، فهو الذى ينفق على إنتاجه ، ويكون الزرع له . وإذا كان فى الأرض زرع قائم عند نهاية حق الانتفاع ، فقد أحالت المادة ٩٨٧ مدنى سائلة الذكر فى شأنه إلى المادة ٩٩٣ / ٢ مدنى وتنص على ما يأتى : « وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع بزرع قائم ، تركت الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفعوا أجره الأرض عن هذه الفترة من الزمن » . فالنص يقضى بأن ترك الأرض للمنتفع بالرغم من انتهاء حق الانتفاع إذا كان فيها

(١) أنظر آنفاً نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) وكان نص المشروع التمهيدى يقضى بما قدمناه فى المتن ، ولم يراع ما تقضى به المادة ٩٩٣ / ٢ مدنى فيما إذا وجد زرع قائم عند نهاية حق الانتفاع . وقد استدركت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى هذا السهو ، وذكرت أن الثمار إذا كانت طبيعية أو صناعية فللمنتفع « القائم منها وقت بدء الانتفاع ، دون اخلال بحقوق الغير كما إذا كانت الثمار قد أحقت بالعقار ، على أن يرد إلى مالك الرقبة ما أنفقه . وله أيضاً ما قبض منها طول مدة الانتفاع ، أما القائم عند نهاية الانتفاع فيراعى فيه الحكم الوارد فى المادة ١٢٤٨ فقرة ثانية ، فتترك الأرض للمنتفع أو الورثة إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفعوا أجره المثل عن هذه الفترة من الزمن . ويجب تعديل المادة ١٢٤١ حتى تؤدى هذا المعنى فتستقيم النصوص ، ولا تتعارض المادة ١٢٤١ (م ٩٨٧ مدنى) مع المادة ١٢٤٨ / ٢ (م ٩٩٣ / ٢ مدنى) « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٦ - ص ٥٣٧) . والذى وقع أن لجنة المراجعة عدلت المادة ٩٨٧ مدنى بحيث جعلتها متسقة مع المادة ٩٩٣ / ٢ مدنى فى حالة الزرع القائم عند نهاية مدة الانتفاع كما تشير المذكرة الإيضاحية ، ولكنها تركت حالة الزرع القائم عند بداية الانتفاع إلى حكم القاعدة العامة وهى استحقاق المنتفع لهذا الزرع « بنسبة مدة انتفاعه » ، ولم تراعى ما كان ينبغى من التنسيق بين حكم الزرع القائم وقت بداية حق الانتفاع وحكم الزرع القائم عند نهاية هذا الحق . وهذا التنسيق كان يقتضى ، فى حالة حكم الزرع القائم وقت بداية حق الانتفاع ، أن تترك الأرض للمالك بالرغم من بداية حق الانتفاع ، وذلك إلى أن يدرك الزرع ، على أن يدفع المالك فى مقابل ذلك للمنتفع أجره الأرض فى المدة ما بين بداية حق الانتفاع وإدراك الزرع .

زراع قائم ، وذلك إلى أن يدرك الزرع . وفي مقابل ذلك يدفع المنتفع للمالك أجره مثل الأرض في الفترة من الزمن ما بين انتهاء حق الانتفاع وإدراك الزرع . ولم يرد نص مماثل فيما إذا كان في الأرض زرع قائم وقت بداية حق الانتفاع ، وكل ما تقوله المادة ٩٨٧ مدني في هذا الفرض أن المنتفع يستحق من هذا الزرع « بنسبة مدة انتفاعه » . وهذا يقتضي أن نحسب المدة التي بقي فيها الزرع في الأرض ، وهي مده بعضها سابق على بداية حق الانتفاع وبعضها لاحق ، ويكون الزرع شركة فيما بين المالك والمنتفع ، المالك بنسبة المدة السابقة على بداية حق الانتفاع ، والمنتفع بنسبة المدة اللاحقة ، على أن يساهم المنتفع في تكاليف البذر والسماذ والعمل بنسبة مدة انتفاعه (١) . وكان من الخير أن يقاس هذا الفرض الذي نحن بصددده على الفرض الذي يكون فيه زرع في الأرض قائم عند انتهاء حق الانتفاع ، فترك الأرض للمالك بالرغم من بداية حق الانتفاع ، وذلك إلى أن يدرك الزرع ، ويدفع المالك للمنتفع في مقابل ذلك أجره مثل الأرض في الفترة ما بين بداية حق الانتفاع وإدراك الزرع .

٤٩٤ - استعراض بعض حالات عملية لحق الانتفاع في الاستقلال :

وقبل أن ننتهي من الكلام في حق الانتفاع في الاستقلال ، نستعرض بعض حالات عملية لهذا الحق ، اثنتان منها ورد فيهما نص في التقنين المدني وهما حالتا حق الانتفاع بقطيع من المواشي وحق الانتفاع بعقار عثر فيه على كثر ، واثنتان أخريان لم يرد فيهما نص وهما حالتا حق الانتفاع بالمتجر وحق الانتفاع بالأسهم والحصص والسندات (٢) .

(١) عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٢٨ ص ٢٧١ - إسماعيل غانم ص ١١ - وقارن محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٢٥٠ ص ٢١٩ .

(٢) وقد زخرت نصوص التقنين المدني الفرنسي المتعلقة بحق الانتفاع بكثير من الحالات التي ألفها التعامل في فرنسا ، ويندر وجودها في مصر . من ذلك نصوص كثيرة تتعلق بحق الانتفاع بالغابات والأشجار وهي منتشرة في فرنسا ، ومن ذلك أيضاً نص يتعلق بالمناجم والمحاجر وقد أصبح نادر التطبيق بعد صدور تشريعات خاصة في فرنسا وفي مصر تنظم استغلال المناجم والمحاجر . ونقف من هذه النصوص عند نص يتعلق بحق الانتفاع بالإيراد المرتب مدى الحياة ، فقد نصت المادة ٥٨٨ مدني فرنسي على أن « حق الانتفاع بالإيراد المرتب مدى الحياة يجعل الحق للمنتفع أن يتقاضى أقساط المدة التي بقي فيها حق الانتفاع ، دون أن يكون ملزماً برد »

٤٩٥ - هو الانتفاع بقطيع من المواشى : ورد في حق الانتفاع

بقطيع من المواشى نص ، هو العبارة الأخيرة من المادة ٩٩٢ / ٢ مدني ، وتجري على الوجه الآتي : « وله (المنتفع) نتاج المواشى بعد أن يعرض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجيء » . وكان التقنين المدني السابق يشتمل على نص مماثل ، فكانت المادة ٢٣ / ٤٢ من هذا التقنين تنص على ما يأتي : « الزيادة التي تحصل من نتاج المواشى تكون للمنتفع ، وإنما بعد أن يستعرض من التناج ما نفق من الأصل بآفة سببية » . ويؤخذ من هذه النصوص أن القطيع من المواشى إذا ترتب عليه حق انتفاع ، وجب أن ينظر إليه كمجموع من المال ذي وجود فعلي (*universalité de fait*) كالمشجر ، لا كأفراد من رؤوس الغنم كل فرد منها مستقل عن الأفراد الأخرى (*ut singuli*) (١) .

ويترتب على ذلك أن المنتفع يكون له ثمار هذا القطيع من المواشى كمجموع ، فينتفع بألبانها وبأصوافها وبتسميدها للأرض . ويكون له فوق ذلك نتاج هذا القطيع ، وإذا كان هناك خلاف في الرأي فيها إذا كان نتاج

= شيء ما » . والحكم الذي أورده هذا النص يحسم إشكالا من الصعب حله . فالمنتفع بالإيراد ينحصر حقه ، طبقاً للقواعد العامة ، في أن يتقاضى فوائد هذا الإيراد مدة بقاء حق الانتفاع . ولما كان الإيراد هو مجموع أقساطه ، وهذا المجموع لا يمكن معرفته إلا عند موت صاحب الإيراد ، فكان ينبغي انتظار موت هذا الأخير حتى يعرف مجموع أقساط الإيراد ، وإعطاء المنتفع فوائد هذا المجموع من الأقساط طوال المدة التي يبقى فيها حق الانتفاع . وليس هذا بالحل العملي ؟ لذلك لجأ المشرع الفرنسي إلى شيء من التحكم « وقضى بإعطاء المنتفع أقساط المرتب التي حلت وقت بقاء حق الانتفاع (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٦ ص ٧٧٠) . ولا يوجد في مصر نص مماثل لنص التقنين المدني الفرنسي سالف الذكر ، ولا يمكن الأخذ بالحل الذي ورد في التقنين المدني الفرنسي دون نص . فلا مناص من القول بأن صاحب الإيراد يقبض الأقساط ، ويعطى للمنتفع الفوائد بالسعر القانوني ، لا للأقساط التي حلت فحسب ، بل لجميع رأس المال الذي دفع مقابل الإيراد أو الذي كان يجب دفعه في حالة ما إذا رتب الإيراد دون مقابل (انظر في هذا المعنى بودري وشوفو فقرة ٥٩٧ ص ٣٩٠ - وانظر حلا آخر في كولان وكايتان ودج لامورانديير ١ فقرة ١٠٨١ ص ٨٧٥) .

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٦ ص ٧١٣ - بودري وشوفو فقرة ٧٢٣ - بلانيول

وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨٩ .

الحيوان يعتبر من الثمار الطبيعية أو من المنتجات (١) ، فان نص المادة ٩٩٢/٢ مدني سالف الذكر صريح في أن نتاج المواشي ، سواء اعتبر من الثمار الطبيعية أو من المنتجات ، يكون للمنتفع . ولكن التاج لا يخلص له كاملاً ، بل عليه أولاً أن يعوض منه ما نفق من القطيع بحادث مفاجيء حتى يستكمل القطيع عدده . وهذا يدل على أن التاج مندمج في مجموع القطيع ، وأن ما يستحدثه القطيع يعوض ما فقده ، ولا يخلص للمنتفع كثمار للقطيع إلا الباقي من التاج بعد إجراء هذا التعويض . ولا يشترط أن يكون التعويض من التاج الذي يوجد بعد نفق ما نفق من الأصل ، بل يكون التعويض أيضاً من التاج الذي وجد قبل ذلك ، بل من ثمن هذا التاج إذا كان المنتفع قد تصرف فيه وقت أن كان أصل القطيع كاملاً (٢) . أما إذا كان ما نفق من القطيع لم ينفق بحادث مفاجيء ، بل بخطأ الغير ، كان هذا الغير هو المسئول عن التعويض . وإذا كان النفق بخطأ المنتفع نفسه ، كان هذا مسئولاً عن التعويض كاملاً ولو زاد ما نفق على مقدار التاج ، ولا يقف التعويض عند حدود مقدار التاج كما هو الأمر فيما إذا كان النفق بحادث مفاجيء . وإذا نفق القطيع كله بحادث مفاجيء أو بمرض لا يد للمنتفع فيه ، لم يكن المنتفع ملزماً أن يرد للمالك إلا ما بقي نافعاً بعد نفق القطيع كالجلود أو قيمتها إذا كان المنتفع قد تصرف فيها أو استهلكها (م ٦١٦ مدني فرنسي) . وللمنتفع أن يتصرف في أفراد الماشية إذا أصبحت غير صالحة لما أعدت له من نتاج أو ألبان ، على أن يعوض ما تصرف فيه منها بالنتاج أو ثمنه على النحو الذي قلمناه في تعويض ما نفق من الماشية بحادث مفاجيء (٣) .

وإذا كان القطيع من المواشي ملحقاً بأرض زراعية ، وجب أن يعتبر القطيع تابعاً للأرض . وعلى ذلك لا يأخذ المنتفع نتاج المواشي إلا بعد أن

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٦٦ - الوسيط ٨ فقرة ٣٦٣ ص ٥٨٩ هامش ١ وقرة ٣٦٤ ص ٥٩٠ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٦ وهامش ١٦ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٨٩ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١٠٦٧ ص ٨٦٤ - عكس ذلك بودري وشوفو فقرة ٧٢٤ .

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٦ ص ٧١٣ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٧٨٩ .

يعوض منها ، ليس فحسب ما نفق من القطيع على النحو المتقدم ، بل أيضاً بعد أن يعزز القطيع بالتاج بحيث يكون القطيع دائماً صالحاً لمواجهة ما يقتضيه استغلال الأرض الزراعية وما تتطلبه حاجاتها (١) .

٤٩٦ - من ارتفاع بمقدار عشر في كثر : هنا أيضاً ورد نص هو المادة ١/٨٧٢ مدني ، وتجري على الوجه الآتي : « الكثر المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يكشف ملكيته له ، يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكثر أو لمالك رقبته » . وقد قدمنا عند الكلام في الاستيلاء كسبب من أسباب كسب الملكية . أنه إذا ترتب على العقار حق انتفاع ، وعثر شخص على كثر في العقار ، فإن الكثر لا يكون للمنتفع ، إذ الكثر لا يعتبر ثماراً للعقار ، بل هو لا يعتبر جزءاً من العقار ، بل هو مال مستقل عنه ، ولا يصله بالعقار إلا أنه مال مدفون أو مخبوء فيه (٢) . وعلى ذلك يكون الكثر كله لمالك الرقبة ، حتى لو كان من عشر على الكثر ، مصادفة أو بعد بحث ، هو المنتفع نفسه . ذلك أن العشر على الكثر لا يخول من عشر عليه ، في القانون المصري ، أي حق في الكثر (٣) .

٤٩٧ - من ارتفاع بالتجـر : ويعتبر المتجر (fonds de commerce) مجموعاً من المال ذا وجود فعلي (universalité de fait) ، كما رأينا في القطيع من الغنم . ذلك أن المتجر لا يتمتع بالشخصية المعنوية ، ولا يكون ذمة مالبة مستقلة بل يدخل في عموم الذمة المالية لصاحب المتجر . ومن ثم لا يكون لهذا المجموع وجود قانوني ، بل ليس له إلا وجود فعلي كما سبق القول . ويشتمل المتجر كمجموع من المال على عناصر مختلفة ، منها المادى كال بضائع والأثاث والمهمات ، ومنها غير المادى كالحق في الإيجار وحقوق الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والاسم التجاري والعلامة التجارية وبراءات الاختراع . وقد صدر القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٠ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦١ .

(٣) انظر في كل ذلك آنفاً فقرة ١١ .

المحال التجارية ورهنها ، وهو يجوز بيع المتجر ورهنه كمجموع من المال ،
تيسيراً للائتمان التجارى والصناعى (١) .

ويجوز قياساً على ذلك أن يترتب حق انتفاع على المتجر ، باعتباره
مجموعاً من المال . ويقع حق الانتفاع على هذا المجموع ، لا ما يشتمل عليه
من العناصر مستقلة بعضها عن بعض ، لأن هذه العناصر تنفى فيه ويصبح
للمتجر كيان مستقل عن عناصره . فلو كان فى هذه العناصر أشياء قابلة
للاستهلاك كالبضائع ، فإنها لا تجعل المتجر كمجموع شيئاً مادياً قابلاً للاستهلاك
تبعاً لها ، بل هى التى تنفى فى المتجر كما قدمنا ، ويكون المتجر بالرغم من
وجود هذه الأشياء فيه مالا غير مادي . ويترتب على ذلك أن حق الانتفاع
بالمتجر لا يكون شبه حق انتفاع كما يكون حق الانتفاع بالأشياء القابلة للاستهلاك ،
فلا تنتقل ملكية المتجر إلى المنتفع كما تنتقل ملكية الأشياء القابلة للاستهلاك للمنتفع فى
شبه حق الانتفاع . وعلى ذلك لا يجوز للمنتفع أن يبيع المتجر لأنه لا يملكه ، وإنما
يجوز له أن يبيع حق الانتفاع به فحسب ، ولا يجوز للدائى المنتفع أن يحجزوا
إلا على حق الانتفاع بالمتجر ، فتبقى رقة المتجر خارجة عن الحجز ، وإذا
أفلس المنتفع فلا يدخل فى التفليس إلا حق الانتفاع بالمتجر (٢) :

ويكون للمنتفع بالمتجر الحق فى ثماره ، أى فى الحصول على أرباحه
(*bénéfices*) ، ولكن يجب عليه أن يخصم جزءاً من الأرباح يخصمه
للتعويض عن استهلاك الآلات وغيرها من المهمات ، إذ هو ملزم بالمحافظة
عليها وتجديدها . ويجب أيضاً أن يخصم جزءاً آخر من الأرباح يخصص
احتياطياً للمتجر ، ويستخدمه فى التقدم بالمتجر وفى توسيعه ، إذا كان هذا
الإجراء الاحتياطى هو ما جرى عليه مالك المتجر (٣) .

ويتولى المنتفع بالمتجر إدارته ، وإذا قصر فى ذلك جاز للمالك أن يطلب
بيع المتجر (٤) . ويجوز للمنتفع ألا يتولى الإدارة بنفسه ويكلها إلى غيره .

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ١١١ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٦ هامش ٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٧ -
كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠٦٦ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٩ .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٦ ص ٧١٢ - بودري وشوفو فقرة ٥٨٣ - بلانيول
وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٨ .

بل يجوز له أن يؤجر المتجر ، أو أن يبيع حق انتفاعه به . وإدارة المتجر تتضمن الحق في بيع البضائع وشراء غيرها لبيعه ، كما هو المألوف في إدارة المتاجر . ولا يرجع ذلك إلى أن المنتفع قد تملك هذه البضائع باعتبارها شيئاً قابلاً للاستهلاك . وإنما يرجع إلى أن بيع البضائع وشراء غيرها لبيعها داخل في نطاق سلطته في إدارة المتجر ^(١) . ويدخل أيضاً في نطاق سلطته في الإدارة أن يتعهد الآلات والمهمات بالصيانة ، وأن يبيع ما أصبح غير صالح منها أو صار قديماً لا يساير حركة التقدم . وأن يجدد ما يلي من هذه المهمات وأن يشتري ما أصبح المتجر في حاجة إليه من آلات ومهمات حديثة صالحة .

٤٩٨ - حق الانتفاع بالسهم والمحصى والسندات : السهم في

شركات المساهمة . أو الحصة في بعض الشركات الأخرى كالشركات ذات المسئولية المحدودة وشركات التوصية وشركات التضامن . يغل ريعاً متفاوت بتفاوت أرباح الشركة . أما السند فهو دين على الشركة . ويكون صاحبه دائماً للشركة بمقدار قيمته الاسمية ، وهو يغل ربحاً ثابتاً هو نسبة مئوية معينة من هذه القيمة الاسمية تعتبر فوائد لرأس المال الذي يمثله السند . فإذا ترتب حق انتفاع على سهم أو حصة أو سند . كان للمنتفع أن يتقاضى ما يغله السهم أو الحصة من ريع أو ما يدفع للسند من فوائد ^(٢) .

(١) بودرى وشوفو فقرة ٥٨٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٨ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٢٢ - اسماعيل غام ص ٨ - كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٦٦ (ويذهبون إلى أن المنتفع يبيع البضائع ويخل محلها غيرها بموجب الحلول المعنى) - وقارن مازو فقرة ١٦٥٣ (ويذهبون إلى أن المنتفع يبيع البضائع لأنها قابلة للاستهلاك فيملكها كما في شبه حق الانتفاع) .

(٢) ويلاحظ أن الشركة ، عندما تحدد الأرباح التي توزعها على المساهمين أو على أصحاب الحصص ، تحتجز أولاً من الأرباح الصافية التي حققها جزءاً تخصصه لاستهلاك الآلات والمهمات ولتجديدها ، ثم تحتجز جزءاً آخر تجعله احتياطياً تواجه به الظروف المختلفة التي تمر بالشركة . وتخصص في نهاية الأمر ، طبقاً لنظام الشركة ، الجزء من الأرباح الصافية التي توزعه على المساهمين أو أصحاب الحصص فالعبرة بهذا الجزء الأخير المخصص للتوزيع ، وهو الذي يمكن اعتباره ثماراً . وكما أن المالك لا حق له إلا في هذا الجزء ، كذلك المنتفع لا يتقاضى إلا هذا الجزء ثماراً للسهم أو الحصة ، شأنه في ذلك شأن المالك نفسه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩١ ص ٧٨٤) .

وإذا وزعت الشركة جزءاً من احتياطياتها على المساهمين ، أو وزعت عليهم سندات إضافية اشترتها بجزء من رأس المال أو كانت تمثل حصة ساهمت بها الشركة في شركة أخرى ، اعتبر هذا جزءاً من رأس المال لا من الربح ، ويكون لمالك الرقبة ، وتكون فوائده فقط للمتفع (١) .

وإذا ربح السهم أو السند جائزة ، فهي لمالك الرقبة لأنها تعتبر جزءاً من رأس المال ، وليس للمتفع إلا فوائدها هذه الجائزة (٢) .

§ ٢- مدى سلطة المتفع على الشيء المتفع به

٤٩٩- أعمال الإدارة وأعمال التصرف ومباشرة الدعوى : وحتى

يمكن المتفع من الانتفاع بالشيء على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم ، فان له أن يقوم بالنسبة إلى هذا الشيء بأعمال الإدارة اللازمة لهذا الانتفاع (٣) . وله أيضاً أن يقوم بأعمال التصرف ، ولكن بالنسبة إلى حق الانتفاع وحده دون الرقبة فانه لا يملكها . وله أخيراً أن يباشر من الدعاوى ما هو متعلق بحق الانتفاع نفسه ، وما هو متعلق بالحقوق التي يتضمنها حق الانتفاع .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٢ ص ٧٨٥ - وقد تصدر الشركة أسهما جديدة لزيادة رأس المال ، وتضيف علاوة (prime) على القيمة الاسمية للسهم الجديد تمثل نصيب هذا السهم في الاحتياطيات القديمة للشركة وهي الاحتياطيات التي تكونت من أرباح السنين السابقة . فهذه العلاوة لا تعتبر ريعاً ، بل هي جزء من رأس المال . فاذا وزعت الشركة هذه العلاوات على المساهمين القدامى ، كان نصيب السهم من هذه العلاوات من حق المالك ، وليس للمتفع إلا فوائدها هذا النصيب (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٣) . كذلك إذا أرادت الشركة زيادة رأس المال ، وأعطت للمساهمين القدامى الأفضلية في الاكتتاب في الأسهم الجديدة ، فان هذا الحق يكون لمالك الرقبة دون المتفع . ولا يجوز للمتفع أن يكتب في الأسهم الجديدة إذا امتنع مالك الرقبة من الاكتتاب فيها ، لأن الحق في الاكتتاب لا يتصل بالربح وإنما يتصل برأس المال (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٤) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٥ .

(٣) ويمكن أن نتصور اقتطاع سلطة الإدارة من المتفع وإبقائها لمالك الرقبة ، ولا يكون للمتفع إلا غلة الشيء المتفع به دون أن يتدخل في إدارة هذا الشيء (انظر في ذلك كاربونيه ص ١١٥) .

١ - أعمال الإدارة

٥٠٠ - الإيجار : من أهم أعمال الإدارة الإيجار (١) ، فللمنتفع أن يؤجر الشيء المنتفع به لاستثماره والحصول على أجرته ، والأجرة هي الثمار المدنية كما سبق القول . وقد نصت المادة ٥٦٠ مدني على أن الإجارة الصادرة ممن له حق المنفعة تنقضي بانقضاء هذا الحق إذا لم يجرها مالك الرقبة ، على أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالإخلاء والمواعيد اللازمة لنقل محصول السنة (٢) . وقد قدمنا عند الكلام في الإيجار (٣) أن للمنتفع أن يؤجر الشيء المنتفع به ، ولا حد لمدة الإيجار إلا المدة التي يبقى فيها حق الانتفاع قائماً . فإذا كانت مدة حق الانتفاع اثنتي عشرة سنة مثلاً ، جاز للمنتفع أن يؤجر الشيء لأية مدة ، بشرط ألا تتجاوز اثنتي عشرة سنة وألا تتجاوز في الوقت ذاته حياة المنتفع . فيؤجرها لسبع سنوات مثلاً ، أو عشر سنوات ، أو اثنتي عشرة سنة ، فلا يتقيد بمدة ثلاث سنوات ، وهي الحد الأقصى لمدة الإيجار الذي يعقده من يدير مال غيره (م ٧٠١ مدني) . ذلك بأن المنتفع لا يدير الشيء المنتفع به نائباً عن الغير ، وإنما يستعمل حقه الأصيل في الانتفاع . فإذا فرضنا أن المنتفع آجر الشيء لمدة عشر سنوات مثلاً ، وبقي حياً طوال هذه المدة ، فإن الإيجار يبقى قائماً إلى انقضاء عشر سنوات . أما إذا مات بعد انقضاء سبع سنوات مثلاً ، فإن الإيجار ينتهي بموته لزوال حق الانتفاع بالموت .

(١) وقد قضت المادة ٧٠١ / ٢ مدني على أنه « يعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون . ويدخل فيها كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة ، كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذي يسرع إليه التلف ، وشراء ما يحتلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه واستغلاله » . وسنقف ، من أعمال الإدارة التي تصدر من المنتفع ، عند الإيجار وبيع المحصول واستيفاء الحقوق وحضور جلسات الجمعيات العامة للشركات . أما الأعمال الأخرى ، فيكفي الإحالة فيها إلى القواعد العامة .

(٢) أما إذا كان المالك قد آجر العين ، فإن الإيجار يسري في حق المنتفع إذا كان ثابت التاريخ وسابقاً على بداية حق الانتفاع . وذلك بأن هذا الإيجار يسري في حق المشتري (م ٦٠٤ مدني) ، فأول أن يسري في حق المنتفع . انظر المادة ٩٤٦ مدني سوري والمادة ٤٢ من قانون الملكية العقارية اللبناني .

(٣) أنظر الوسيط ٦ فقرة ٣٧ .

على أنه إذا أقر مالك الرقبة بالإيجار ، مقدماً أو عند موت المنتفع ، فإن العقد يبقى قائماً مدة ثلاث السنوات الباقية ، لا بين المستأجر وورثة المنتفع ، بل بين المستأجر ومالك الرقبة الذى يستعيد الملكية الكاملة بموت المنتفع . وإذا انتهى الإيجار بموت المنتفع قبل انقضاء مدته لأن مالك الرقبة لم يقر الإيجار ، لم يحكم على المستأجر بالإخلاء فوراً ، بل يجب على المالك أن ينبه عليه بالإخلاء فى المواعيد المبينة بالمادة ٥٦٣ مدنى . وإذا كانت العين أرضاً زراعية لم يجز انتهاء الإيجار قبل نقل المحصولات ، ولو اقتضى هذا النقل وقتاً أطول من الميعاد المقرر للتنبيه بالإخلاء (١) .

٥٠١ - بيع المحصول : لا شك فى أن بيع المحصول وبيعه هو من صميم أعمال الإدارة ، بالرغم من أن البيع فى ذاته عمل من أعمال التصرف . فللمنتفع أن يجنى محصول الأرض الزراعية وأن يبيعه ، وأن يقبض ثمنه وهو ملك له . وله أن يبيع الزرع وهو لا يزال قائماً ، حتى لو انقضى حق الانتفاع قبل أن يتمكن جنيته . وفى هذه الحالة تسرى أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ مدنى ، فيدفع المنتفع أو ورثته أجره مثل الأرض عن الفترة من الزمن ما بين نهاية حق الانتفاع وبين جنى المحصول لتسليمه للمشتري .

٥٠٢ - استيفاء الحقوق : وللمنتفع أن يستوفى الحقوق التى يكون له حق الانتفاع بها فى مواعيد استحقاقها ، ودياً أو عن طريق القضاء ، وأن يعطى مخالصة بهذه الحقوق . مثل ذلك أن يوصى لشخص بحق الانتفاع بجزء

(١) وإذا كان حق الانتفاع مقررأ طول حياة المنتفع . وآجر هذا الأخير الشئ لمدة سبع سنوات ، ومات بعد خمس سنوات ، انتهى الإيجار بموته . وإذا أقر المالك الإيجار بقى قائماً مدة السنتين الباقيتين ، ولكن بينه وبين المستأجر . وإذا لم يقره ، وجب عليه أن ينبه على المستأجر بالإخلاء فى المواعيد المبينة بالمادة ٥٦٣ مدنى ، مع مراعاة إمهال المستأجر فى الأرض الزراعية لنقل محصول السنة . هذا ويجوز للمتع أن يؤجر العين لمالك الرقبة نفسه ، فإذا مات قبل انقضاء مدة الإيجار انتهى الإيجار باتحاد الذمة ، إذ يجتمع عند المالك صفة المستأجر وصفة المؤجر معاً (الوسيط ٦ فقرة ٣٧ ص ٤٨) - وغنى عن البيان أن جميع الأحكام المتقدمة قد تأثرت إلى حد بعيد بالتشريعات الحديثة الخاصة بإيجار الأماكن وبإيجار الأراضى الزراعية ، وتقضى هذه التشريعات ببقاء المستأجر فى العين المؤجرة حتى بعد انقضاء مدة الإيجار بحكم القانون .

من مجموع التركة ، وتكون للتركة حقوق في ذمة مدينها يدخل بعضها في الجزء الموصى به ، فالمنتفع في هذه الحالة أن يستوفي هذه الحقوق من مدينى التركة ، وليس للورثة أن يعارضوا في هذا الاستيفاء ، وتكون المخالصة التي أمضاها المنتفع حجة عليهم . وليس على مدينى التركة أن يستوثقوا مما إذا كان المنتفع قد قدم كفيلا للورثة ، فان هذا أمر لا يعينهم وإنما يعنى الورثة أنفسهم . وعندما يقبض المنتفع الحق من المدين ، وهو عادة مبلغ من النقود ، يتحول حق الانتفاع إلى شبه حق انتفاع ، فيجوز للمنتفع أن يستغله وأن يتصرف فيه وأن يقبض ريعه ، على أن يرد للورثة مثله عند نهاية حق الانتفاع . ويجوز للورثة في هذه الحالة أن يطالبوا المنتفع بكفالة تضمن لهم رد رأس المال ، وتقدر المحكمة عند الاقتضاء الطريقة التي يستغل بها المنتفع رأس المال .

وقد يهلك الشيء المنتفع به فيستحق عنه تعويض أو مبلغ تأمين ، وقد نزع ملكيته فيستحق عنه تعويض عن نزع الملكية . وقد نصت المادة ١/٩٩٤ مدنى على أن « ينتهى حق الانتفاع بهلاك الشيء ، إلا أنه ينتقل من هذا الشيء إلى ما قد يقوم مقامه من عوض » . وعلى ذلك يحل التعويض عن الهلاك أو مبلغ التأمين أو التعويض عن نزع الملكية حلولا عينياً محل الشيء المنتفع به ، ويكون للمنتفع حق استثماره إلى نهاية حق الانتفاع ، ورده بعد ذلك إلى المالك . فيكون له إذن استيفاء الحقوق سالفة الذكر من المدينين بها واعطاء مخالصة بها ، شأن هذه الحقوق شأن سائر الحقوق التي يستوفى بها المنتفع . ويجوز للمالك ، تبعاً لذلك ، أن يطالب المنتفع بتقديم كفالة ، كما تقدر المحكمة عند الاقتضاء الطريقة التي يستغل بها المنتفع المبالغ التي قبضها (١) .

٥٠٣ - مضمون جلسات الجمعيات العامة للشركات : ويعتبر حضور

جلسة الجمعية العامة للشركة ، سواء كانت الجمعية العامة عادية أو غير عادية

(١) وفيما يتعلق بمبلغ التأمين ، إذا كان المنتفع هو الذى أمن على حق انتفاعه ، فان مبلغ التأمين يكون من حقه وحده ، ولا يلتزم برد شيء منه للمالك ، أما إذا كان التأمين على ملكية الشيء المنتفع لا على حق الانتفاع وحده ، فان مبلغ التأمين يكون من حق المالك ، على أن يكون للمنتفع الحق في استثماره على النحو الذى قدمناه (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣١ ص ٦٧١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٠٥) .

من أعمال الإدارة ، حتى لو كان من بين قرارات هذه الجمعية عملاً من أعمال التصرف أو كان من بين قراراتها تعديل نظام الشركة . فالمتنفع بالسهم ، لا مالك الرقبة ، هو الذى له حق حضور جلسات الجمعية العامة (١) .

ب - أعمال التصرف

٥٠٤ - القاعدة العامة : للمتفع حق عيني على الشيء المتنفع به هو حق الانتفاع ، فهو يملك هذا الحق دون أن يملك الرقبة . وعلى ذلك يجوز له التصرف فى حق الانتفاع بجميع أنواع التصرفات ، ولا يجوز له أن يتصرف فى الرقبة . والتصرف فى حق الانتفاع يكون بوجه خاص بالتزول عنه للغير ، أو برهنه ، أو بترتيب حق عيني أصلى عليه فيرتب المتنفع مثلاً حق انتفاع على نفس حق انتفاعه . فنستعرض هذه التصرفات المختلفة ، ثم ننتقل إلى عدم جواز تصرف المتنفع فى الرقبة .

٥٠٥ - نزول المتنفع عن حق الانتفاع للغير : يجوز للمتفع أن يتزل عن حق انتفاعه للغير ، معاوضة أو تبرعاً . فيجوز له أن يبيعه ، وأن يقايض عليه ، وأن يجعله حصه له فى شركة ، وأن يتزل عنه لدائنه مقابلاً لوفاء الدين ، وأن يهبه . وتجب مراعاة قواعد التسجيل إذا وقع حق الانتفاع على عقار ، ومراعاة الشكل فى الهبة . ولا يجوز للمتفع أن يوصى بحق الانتفاع ، لأن الوصية تملك لما بعد الموت وحق الانتفاع ينتهى حتماً بموت المتنفع .

(١) وهذا الحكم متفق عليه فيما إذا كان نظام الشركة يقضى بأن حق الحضور يكون للمتفع دون المالك ، وفيما إذا كان السهم ليس مهماً اسماً بل هو مهم لحامله . أما إذا كان السهم اسماً ، ولا يوجد فى نظام الشركة حكم فى المسألة ، فالأمر مختلف فيه . فرأى يذهب إلى أن حق الحضور لا يكون إلا للمالك ، ورأى ثان يذهب إلى أن للمتفع حق الحضور فى الجمعيات العامة العادية ويحضر المالك فى الجمعيات العامة غير العادية ، ورأى ثالث يذهب إلى وجوب حضور كل من المالك والمتفع فى الجمعيات العادية وغير العادية وإذا اختلفا فالتقضاء يفصل فى الأمر . ويبدو أنه إذا سلم بأن حضور جلسات الجمعية العامة هو عمل من أعمال الإدارة ، فانه يجب القول بأن المتنفع لا المالك هو الذى له حق الحضور فى جميع جلسات الجمعية العامة ، سواء كانت الجمعية العامة عادية أو غير عادية (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٨٠٧ ص ٧٩٨ والمراجع التى أشير إليها) .

وإذا نزل المنتفع عن حق الانتفاع بوجه من الوجوه المتقدمة ، فإن من تلقى منه الحق يعتبر مالكا لنفس حق الانتفاع الذي ترتب للمنتفع . ويترتب على ذلك أن حق الانتفاع ينتهي بموت المنتفع لا بموت من تلقى هذا الحق . وأن المنتفع يبقى ملتزما نحو مالك الرقبة بما يترتب في ذمته من التزامات شخصية نحوه ولا تنتقل هذه الالتزامات إلى ذمة من تلقى حق الانتفاع . ويكون لهذا الأخير نفس حقوق المنتفع ، إلى أن ينتهي حق الانتفاع بانقضاء مدته أو بموت المنتفع . لا بموت من تلقى حق الانتفاع كما سبق القول . فإذا مات من تلقى حق الانتفاع قبل موت المنتفع ، وكانت مدة حق الانتفاع لم تنقض ، فإن حق الانتفاع ينتقل إلى ورثة من تلقى هذا الحق من المنتفع ، ويبقى إلى أن ينتهي بانقضاء مدته أو بموت المنتفع . وهذا هو الفرض الذي ينتقل فيه حق الانتفاع بالميراث ، وقد سبقت الإشارة إليه (١) .

وكما يجوز التزول عن حق الانتفاع ، كذلك يجوز الحجز عليه من دائي المنتفع ، وهذا ما لم يشترط عدم التزول عن الحق وعدم جواز الحجز عليه (٢) .

٥٠٦ - رهن المنتفع لحي الانتفاع : ويجوز أيضا للمنتفع رهن حق

الانتفاع رهنا رسميا إذا كان الحق واقعا على عقار . ورهن حيازة إذا وقع الحق على عقار أو منقول . ويجوز لدائي المنتفع أخذ حق اختصاص على حق الانتفاع إذا كان واقعا على عقار ، كما يجوز أن يترتب على حق الانتفاع امتياز بائع العقار أو امتياز بائع المنقول إذا كان المنتفع قد اشترى حق الانتفاع على عقار أو منقول ولم يدفع ثمنه .

والدائن الذي له حق رهن أو اختصاص أو امتياز على حق الانتفاع لا يجوز له أن يحجز إلا على حق الانتفاع نفسه ، ولا شأن له بالرقبة . ومن يرسو عليه المزداد لا ينتقل إليه إلا حق الانتفاع ، فليس له إلا حقوق المنتفع إلى أن ينتهي حق الانتفاع . وإذا انتهى حق الانتفاع قبل تنفيذ الدائن عليه

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٨٤ - وانظر م ٩٤٧ مدني سوري ، وم ١٢٥٣ مدني عراقي ، وم ٤٣ من قانون الملكية المقارية اللبناني .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٣ .

برهنه أو اختصاصه أو بامتياز ، فان الرهن أو الاختصاص أو الامتياز يزول بزوال محله (١) .

٥٠٧ - ترتيب هو انتفاع على هو انتفاع : وقد لا ينزل المنتفع عن حق الانتفاع للغير ، ولكن يقتصر على أن يرتب للغير حق انتفاع على حق انتفاعه هو ، فيكون هناك حقا انتفاع مرتب أحدهما على الآخر (deux usufruits superposés) . ويندر أن يكون هذا الوضع المعقد نتيجة اتفاق ، وإنما يقع في فرنسا أن يكون حق الانتفاع الذي يرتبه القانون للأب على أموال ولده أو للزوج على أموال الزوجة يشمل ، فيما يشمل من أموال القاصر أو أموال الزوجة ، حقوق انتفاع يترتب عليها حق انتفاع الأب أو حق انتفاع الزوج ، وهكذا يترتب حق انتفاع على حق انتفاع .

ولا يكاد يوجد إلا فرق واحد بين النزول عن حق الانتفاع وترتيب حق انتفاع على حق الانتفاع . ففي الحالتين يحل المنازل له أو المنتفع الجديد محل المنتفع الأصلي في جميع حقوقه . ولكن في حالة النزول عن حق الانتفاع ، إذا مات المنازل له قبل انتهاء حق الانتفاع الأصلي ، انتقل هذا الحق إلى ورثة المنازل له كما سبق القول (٢) . أما في حالة ترتيب حق انتفاع على حق الانتفاع ، فان حق الانتفاع الثاني المترتب على حق الانتفاع الأصلي ينتهي ، لا فحسب بانتهاء حق الانتفاع الأصلي ، بل أيضا بموت المنتفع الثاني ، فلا ينتقل إلى ورثته كما رأينا ، ينتقل إلى ورثة المنازل له (٣) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٨٤ وفقرة ٥٠٥ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٤ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٥١٣ ص ١١٥٥ - كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠٦٤ - وأما فيما يتعلق بترتيب حق ارتفاق على حق الانتفاع ، فان ذلك لا يجوز ، فان حق الارتفاق فرع عن الملكية لا عن حق الانتفاع ، فلا يجوز لغير مالك الرقبة ترتيبه ، ولا يجوز ذلك للمنتفع (بودرى وشوفو فقرة ١٩٠٦ ص ٨٢٧ - وانظر أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٠ ص ١٠٢ ويريان جواز ترتيب حق شبه حق الارتفاق على حق الانتفاع بحيث لا يمس هذا الحق بحق مالك الرقبة - وقارن شفيق شحاته فقرة ٩٣ ص ١١٦) .

٥٠٨ - عدم جواز تصرف المنتفع في الرقبة: وإذا كان المنتفع يستطيع

التصرف في حق الانتفاع على النحو الذي بيناه ، فإنه لا يستطيع التصرف في الرقبة لأنها ليست ملكه . ويترتب على ذلك أنه إذا باع الرقبة : كان حكم هذا البيع هو حكم بيع الغير لا ينفذ في حق مالك الرقبة . ويترتب على ذلك أيضا أن المنتفع لا يستطيع النزول عن حق ارتفاق مرتب لمصلحة العقار المنتفع به ، وكل ما يملكه في هذا الشأن هو أن يتعهد تعهدا شخصيا ألا يستعمل حق الارتفاق هذا ، وهذا التعهد الشخصي لا يلزم مالك الرقبة (١) .

ومع ذلك يجوز للمنتفع أن يتصرف في الرقبة ، وذلك في حالة شبه الانتفاع . فقد قدمنا (٢) أن المنتفع يصبح في هذه الحالة مالكا للشيء المنتفع به ملكية كاملة ، فيستطيع أن يتصرف فيه ، على أن يرد مثله أو قيمته عند نهاية حق الانتفاع (٣) .

من مباشرة الدعاوى

٥٠٩ - الدعاوى المتعلقة بحق الانتفاع نفسه : يجوز للمنتفع أن يباشر

الدعاوى المتعلقة بحق الانتفاع نفسه فيجوز له أن يرفع دعوى الإقرار بحق الانتفاع (action confessoire d'usufruit) . وهي الدعوى التي تقابل دعوى الاستحقاق في الملكية ، وبموجبها يستطيع أن يطالب بالشيء المنتفع به أي حائز له . وكذلك يستطيع أن يرفع دعاوى الحيازة يحمي بها حيازته للعقار المنتفع به (٤) ، ويستطيع أن يرفع هذه الدعاوى على مالك

(١) كذلك لا يجوز له أن يبيع القيم المنقولة (valeurs mobilières) التي ينضمها حق الانتفاع ، حتى لو كانت هذه القيم حاملها . ولا يجوز له أن يحوله سندا اسمياً إلى سند حمله ، فإن هذا التحويل يعتبر من أعمال التصرف (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٠٨ وفقرة ٨١٠) .
(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٧٧ .

(٣) ويتحقق شبه حق الانتفاع فيما إذا كان الشيء المنتفع به شيئاً قابلاً للاستهلاك ، وفيما إذا كان هذا الشيء معداً للبيع كالبطائح ، وفيما إذا كان قد قوم تقويماً قصد به نقل الملكية إلى المنتفع على أن يرد القيمة عند نهاية حق الانتفاع (انظر آنفاً فقرة ٤٧٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١١) .

(٤) والحكم الذي يصدر لصالحه ، في دعوى الإقرار بحق الانتفاع أو في دعاوى الحيازة ، يجوز لمالك الرقبة أن يحتج به ، أما الحكم الذي يصدر ضده فلا يجوز أن يحتج به على مالك الرقبة (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٧) .

الرقبة إذا تعرض له في حيازته لحق الانتفاع أو انتزع منه الحيازة . ذلك أن المنتفع يعتبر حائزا لحساب نفسه بالنسبة إلى حق الانتفاع وإن كان حائزا عرضيا بالنسبة إلى حق الملكية ، ومن ثم جاز له أن يحمي حيازته لحق الانتفاع بدعوى الحيازة (١) .

ويجوز للمنتفع أن يرفع دعوى تعيين الحدود (action en bornage) ودعوى القسمة ، ولكن إذا لم يدخل مالك الرقبة خصما في هاتين الدعوتين فإن الحكم فيهما لا يكون حجة على هذا الأخير (٢) .

٥١٠ - الدعوى المتعلقة بالحقوق التي يتضمنها حق الانتفاع : وللمنتفع أن يباشر الدعوى المتعلقة بالحقوق التي يتضمنها حق الانتفاع ، وقد قدمنا أنه يستطيع أن يقاضى المديتين بهذه الحقوق ليطالبهم بها (٣) . وله أن يرفع دعوى التأمينات لهذه الحقوق من رهن وامتياز وكفالة (٤) ، وكذلك الدعوى المتصلة بهذه الحقوق كما لو كان الحق ثمن بيع فيرفع دعوى الفسخ لعدم الوفاء به ، وكما لو تصرف المدين بهذا الحق في ماله غشا فيرفع الدعوى ، البولصية (٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن للمنتفع أن يرفع دعوى اليد (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٤١٢ ص ١٠٣٥) - وإذا نجح المنتفع في دعوى الحيازة التي يرفعها على المالك ، جاز له أن يحتج بهذه الحيازة فتقوم قرينة لصالحه على أنه هو صاحب حق الانتفاع إلى أن يثبت المالك عكس ذلك . ويثبت في الوقت ذاته أن المنتفع هو حائز عرضي بالنسبة إلى حق الملكية ، فلا يستطيع أن يملك هذا الحق بالتقادم . بل يجوز للمالك أن يرفع دعوى الحيازة ليحمي حيازته لحق ملكيته ضد من يتعرض لهذا الحق ، ويتمسك في ذلك بأن المنتفع يجوز حق الملكية نيابة عنه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٥ ص ٨٠٣) .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٨ - بودري وشوفو فقرة ٩٠٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٥ ص ٨٠٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٣٣ ص ٢٧٤ - وفي جميع الأحوال إذا كانت الدعوى تتعلق بحقوق مالك الرقبة ومالك حق الانتفاع ، فلغير التي ترفع ضده الدعوى أن يطلب إدخال من لم يدخل منهما خصما في الدعوى (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٧٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٧) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٥٠٢ .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٨ - بودري وشوفو فقرة ٥٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٦ ص ٨٠٤ .

(٥) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٨ - بودري وشوفو فقرة ٥٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٦ ص ٨٠٤ .

ولكن المنتفع لا يستطيع رفع دعوى متعلقة بحق لم يكن ضمن الحقوق الداخلة في حق الانتفاع وقت أن بدأ . فإذا كانت الدعوى مثلاً دعوى نقض للغبن أو دعوى إبطال ، ولم يكن المالك قد رفعها وقت أن بدأ حق الانتفاع فلم يتضمنها هذا الحق ، لم يجوز للمنتفع أن يرفعها لأن حق الانتفاع لم يشملها . ولكن إذا رفعها المالك ونتج عن رفعها أن نقض بيعاً أو أبطله فأرجع المبيع إلى ملكه بأثر رجعي ، فإن حق الانتفاع يمتد إلى هذا المبيع فيشمله ، ويعتبر المبيع داخلاً ضمن حق الانتفاع منذ بدايته (١) .

المطلب الثاني

الزمامات المنتفع

٥١١ - الزمامات أربعة : الزمامات المنتفع ترتب في ذمته نحو مالك الرقبة بحكم القانون ، فهي إذن التزامات قانونية . وترجع كلها إلى واقعة مادية هي وجود رقبة الشيء المنتفع به في يد المنتفع ، فيجب عليه حفظها وصيانتها حتى يردّها سالمة . واتخاذ الوسائل اللازمة لتحقيق هذا الغرض (٢) . وغنى عن البيان أنه قد ترتب في ذمة المنتفع التزامات أخرى يقررها سند حق الانتفاع إذا نشأ هذا الحق عن عقد أو وصية ، فيكون العقد أو الوصية هو مصدر هذه الالتزامات (٣) .

والالتزامات التي يربتها القانون في ذمة المنتفع نحو مالك الرقبة أربعة :
(١) استعمال الشيء والانتفاع به بحسب ما أعد له وإدارته إدارة حسنة .

(١) أوبري ورو ٢٢٠ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٨٩ - وقرب عبد المنعم البدر ٢٣٦ فقرة ٢٣٦ .

(٣) وتعتبر هذه الالتزامات التزامات عينية ، لأنها نشأت بسبب وجود الرقبة في يد المنتفع ، وتدور كلها حول وجوب المحافظة على العين مراعاة لحق صاحب الرقبة - وترتب على ذلك أنه يجوز للمنتفع التخلص من هذه الالتزامات إذا هو تخلى عن حقه في الانتفاع وترك العين المنتفع بها (abandon) ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « تعرض نصوص المواد ... للالتزامات المنتفع ، وهي التزامات تجب في ذمته لأن في يده رقبة العين المنتفع بها ، فيستطيع إذن أن يتخلص منها إذا هو تخلى عن حقه في الانتفاع . وتدور الالتزامات كلها حول وجوب المحافظة على العين ، مراعاة لحق صاحب الرقبة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٩) .

(٢) صيانة الشيء والقيام بنفقات الصيانة وبالتكاليف المعتادة . (٣) حفظ الشيء والمسئولية عن هلاكه . (٤) جرد المنقول وتقديم كفالة به .

١- استعمال الشيء والانتفاع به بحسب ما أعمر له وإدارته إدارة حسنة :

٥١٢ - نص قانوني : تنص المادة ٩٨٨ مدني على ما يأتي :

١ - « على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما أعد له . وأن يديره إدارة حسنة » .

٢ - « وللمالك أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء ، فإذا أثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات . فإن لم يقدمها المنتفع ، وظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها ، فللقاضي أن يتزع العين من تحت يده وأن يسلمها إلى آخر يتولى إدارتها . بل له ، تبعاً لخطورة الحال ، أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع ، دون إخلال بحقوق الغير » (١) .
ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٩/٢٠ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري م ٩٤٨ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٩٢ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٥٤ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٤٥ (٣) .
ونتكلم في مضمون هذا الالتزام ، ثم في جزاء الإخلال به .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ما عدا بعض الفروق . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٦٣ في المشروع النهائي ، بعد أن أضافت إلى الفقرة الأولى عبارة « بحالته التي تسلمه عليها » ، وإلى الفقرة الثانية عبارة « أو غير متفق مع طبيعتها » ، فأصبح النص مطابقاً كل المطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٠ . فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٨ - ص ٥٤٠) .
(٢) التقنين المدني السابق م ٣٩ / ٢٠ : يجب على من له حق الانتفاع أن يستعمل الشيء فيما وضع له .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٤٨ : ١ - على المنتفع أن يستغل العقارات كمالك معتن مجتهد ، وعليه على الأخص أن يعلم المالك بالتهديدات التي يقدم عليها الغير على العقارات ، وإلا كان مسئولاً عن الضرر الذي يلحق بمالكها .

٥١٣ - **مضمونه الالتزام** : يتسلم المنتفع الشيء المنتفع به بالحالة التي هو عليها وقت بداية حق الانتفاع ، وليس له أن يلزم مالك الرقبة أن يسلمه الشيء في حالة حسنة إلا إذا تعهد مالك الرقبة بذلك تعهداً خاصاً (١) .

ومتى تسلم الشيء على هذه الحالة ، فعليه أن يستعمله وفقاً لما أعده له المالك (٢) ، وأن يستثمره على النحو الذي يستثمره به المالك ، وذلك كله وفقاً لما أعده له الشيء بحسب طبيعته . وعلى ذلك إذا كان الشيء داراً أعدت للسكنى ، لم يجز له أن يحول هذه الدار إلى فندق أو إلى « بنسيون » أو إلى مخزن لحفظ البضائع أو نحو ذلك (٣) ولكن يجوز له أن يسكن الدار بنفسه ، أو أن يؤجرها للسكنى . وإذا كان الشيء أرضاً زراعية أعدت لزراعة أشجار الفاكهة أو لزراعة الزهور ، لم يجز للمنتفع أن يحولها إلى أرض زراعية

= ٢ - وعليه أيضاً أن يتابع العمل بصكوك التأمين المعقودة سابقاً ، وأن يسدد أقساط التأمين المترتبة عليه . ٣ - وعلى المنتفع في استعماله العقار واستغلاله أن يعمل وفقاً لما اعتاده ملاك العقار السابقون ، ولا سيما فيما يتعلق بالغاية المعدة لها الأبنية ، وطريقة زراعة الأراضي ، واستثمار الأحرار والمقالع . غير أنه يمكنه زراعة الأراضي البور ، أو بصورة أعم تحسين طريقة الزراعة . م ٩٥٧ : ١ - يجوز إسقاط المنتفع من حقه بحكم قضائي بناء على طلب مالك الرقبة ، بسبب إساءة المنتفع في استغلال العقار ، لا سيما إذا أحدث تخريباً فيه أو إذا تركه يخرب لإهماله العناية به . ٢ - وفي هذه الحالة يجوز لدائى المنتفع أن يتدخلوا في الدعوى ، ويمكنهم أن يعرضوا تولى إصلاح ما تخرب وتقديم ضمانات للمستقبل . ٣ - وللقاضى ، حسب خطورة الظروف ، إما أن يحكم بإسقاط حق الانتفاع إسقاطاً مطلقاً ، وأما أن يأمر بعدم تسليم العقار إلى مالك الرقبة إلا على شريطة أن يدفع سنوياً للمنتفع أو لمن انتقل إليه حقه مبلغاً معيناً حتى الأجل المحدد لانتهاء حق الانتفاع . (وهذه الأحكام في مجموعها لا تختلف عن أحكام التقنين المصرى .

التقنين المدنى الليبى م ٩٩٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٥٤ : ١ - على المنتفع أن يستعمل الشيء بحسب ما أعده له

٢ - (مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٩٨٨ مصرى)

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٤٤ وم ٥٤ (تكادان تطابقان المادتين ٩٤٨ و ٩٥٧

من التقنين السورى ، وهاتان المادتان الأخيرتان مأخوذتان منهما) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٨٨ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٩١ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣١ ض ٦٧٠ .

للمحصولات العادية كالقطن والقمح والبقول ، وأن يقتلع الأشجار المغروسة في الأرض . ولكن له أن يصلح الأراضي البور وأن يزرع فيها من المحصولات ما يلائمها . ولا يعد هذا تغييرا في الاستعمال بل هو إصلاح فيه . وإذا كان الشيء متجرا للأقمشة أو مصنعا للزجاج ، لم يجوز له أن يغير شيئا من ذلك ، فيجعل المتجر مثلا متجرا للأخشاب أو المصنع مصنعا للمنسوجات . وإذا كان الشيء سندات اسمية . لم يجوز له أن يحولها إلى سندات لحاملها ، فإن في هذا تغييرا جوهريا في طبيعة الشيء ، فوق أنه يعد من أعمال التصرف والمنفعة لا يملك أن يقوم بهذه الأعمال (١) .

ويجب عليه في جميع الأحوال أن يدير العين إدارة حسنة ، فإذا كانت متجرا مثلا وجب عليه أن يحسن إدارته ، أو كانت أرضا وجب عليه ألا يتركها يوراً أو أن ينهكها بالزراعة . فالعناية التي يجب عليه بذلها في إدارة الشيء واستغلاله هي عناية الرجل المعتاد . فلا يجوز له أن يتزل عن هذا القدر من العناية . حتى لو كان هو أو مالك الرقبة يتزل عنها في إدارة شؤون نفسه (٢) .

٥١٤ - جزاء الإهمال بالتزام : فإذا استعمل المنتفع الشيء استعمالا

غير مشروع . بأن استعمله لغير ما أعد له . أو استعمالا غير متفق مع طبيعته ، ونجم عن هذا الاستعمال خطر على الرقبة ، فلمالك الرقبة أن يطلب من المنتفع أن يكف عن هذا الاستعمال . وله أيضا أن يطالبه بتقديم تأمينات ككفيل أو رهن لضمان تعويض ما عسى أن ينجم من الأضرار عن هذا الاستعمال . فإذا لم يقدم المنتفع التأمينات المطلوبة ، أو قدمها ولكنه استمر في سوء استعماله ، جاز للمالك أن يطلب من القاضي تسليم العين إلى أمين يتولى إدارتها ويعطى الغلة للمنتفع .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٠٨ .

(٢) مازو فقرة ١٦٨١ ص ١٣٣٢ - وانظر استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦

م ٣٩ ص ٩٥ - وقد قضى بأنه إذا ثبت أن المنتفع بقطعة أرض زراعية قد أخذ أتربة منها بحيث هبط مستواها إلى عمق متوسطه متر ، فقد استعملها استعمالا غير جائز ، وسقط بذلك حقه في الانتفاع (منوف ١٨ يناير سنة ١٩٣٠ - المحاماة ١٠ رقم ٣٩٣ ص ٧٨٤) .

بل إن للقاضي بناء على طلب المالك ، إذا رأى سوء الاستعمال خطيراً إلى حد يستوجب إجراء أشد ، أن يحكم بإنهاء حق الانتفاع أى باسقاطه قبل انتهاء مدته أو قبل موت المنتفع ، فيضيق على المنتفع المدة الباقية له من مدة الانتفاع . ولكن يجب في هذه الحالة مراعاة حق الغير ، فإذا كان حق الانتفاع مرهوناً مثلاً ، احتفظ الدائن المرتهن بحقه . وعلى ذلك ترد العين إلى المالك ، ولكن حق الانتفاع فيها المدة الباقية لهذا الحق مثقل بالرهن ، ويجوز للدائن المرتهن أن يحجز على حق الانتفاع محدوداً على هذا النحو ، لا على حق الملكية ، ويتقاضى حقه من ثمن حق الانتفاع بعد بيعه في المزاد (١) .

§ ٢ - صيانة الشيء والقيام بنفقات الصيانة وبالكاليف المعتادة

٥١٥ - نص قانوني : تنص المادة ٩٨٩ مدني على ما يأتي :

- « ١ - المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة ، وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة » .
- « ٢ - أما التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع فإنها تكون على المالك ، ويلتزم المنتفع بأن يؤدي للمالك فوائده ما أنفقه في ذلك . فإن كان المنتفع هو الذي قام بالانفاق ، كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع (٢) » .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٤ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٠٦٤ من المشروع النهائى ، بعد إدخال تعديلات لفظية في الفقرة الأولى ، نصار النص مطابقاً كل المطابقة لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٠ - ص ٥٤٢) . ولا مقابل للنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٩٤٩ : ١ - تكون على عاتق المنتفع الضرائب العقارية المختلفة ، وكذلك الترميمات اللازمة لصيانة العقار .

٢ - أما التصليحات الكبيرة أى التي تتعلق بتجديد قسم مهم من العقار وتستوجب مصاريف غير عادية ، فإنها تترتب على مالك الرقبة .

م ٩٥٠ : ١ - إن مالك الرقبة والمنتفع غير ملزمين بإعادة بناء ما تهدم بسبب قدمه ، أو قضاءً وقدرًا . ٢ - إلا أنه إذا حدث الانهدام على أثر كارثة ، وكان العقار المهدم كله أو بعضه مؤمناً ، فيجوز بناء على طلب مالك الرقبة أو المنتفع ، استعمال التعويض المدفوع لتجديد =

ويخلص من هذا النص أن المنتفع ملزم بصيانة الشيء المنتفع به (١) ، وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة ، وبكل التكاليف المعتادة الأخرى . أما التكاليف غير المعتادة ، كتكاليف الإصلاحات الجسيمة ، فهي على مالك الرقبة على أن يتحمل المنتفع فوائد هذه التكاليف طول مدة الانتفاع . فنستعرض الآن كلا من التكاليف المعتادة والتكاليف غير المعتادة .

٥١٦ - التكاليف المعتادة : لما كان المنتفع ملزماً بصيانة الشيء المنتفع به كما قدمنا ، فإن تكاليف الصيانة يتحملها المنتفع بأكملها ، لأنها من التكاليف المعتادة (٢) . ويعتبر كذلك من التكاليف المعتادة فيتحملها المنتفع ، تكاليف إدارة الشيء المنتفع به ، إذ أن هذه التكاليف ضرورية لحصول المنتفع على الثمار . ويعتبر أيضاً من التكاليف المعتادة ، فيتحملها المنتفع وحده ، الضرائب والرسوم المضروبة على الشيء المنتفع به ، من أموال على الأراضي الزراعية وعوائد على المباني ورسوم بلدية وضريبة دفاع وضريبة خفر وضريبة إضافية وغير ذلك من أنواع الضرائب الأخرى .

ولكن يجوز للمنتفع أن يتفق مع مالك الرقبة على أن تكون هذه التكاليف المعتادة كلها أو بعضها على الأخير ، وهذا لا يمنع ، فيما يتعلق بالضرائب .

بناء العقار أو ترميمه . (وهذه الأحكام في مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٩٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٥٥ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٤٥ - ٤٦ (تكادان تطابقان المادتين ٩٤٩ - ٩٥٠ .

مدني سوري وهاتان المادتان الأخيرتان مأخوذتان منهما) .

(١) ويعتبر من أعمال الصيانة ، ويعتبر في الوقت ذاته من أعمال الحفظ ، أن يجدد المنتفع قيد الرهون ، وأن يقطع التقادم إذا كان حق يشمل الانتفاع مهدداً بالسقوط بالتقادم (أوبري . ورو ٢ فقرة ٢٣١ ص ٦٧١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٣٢ ص ٨١٥) .

(٢) ويلتزم المنتفع بأعمال الصيانة réparations d'entretien نتيجة لالتزامه بأن ينتفع بالشيء كما ينتفع المالك بملكه . هذا إلى أن أعمال الصيانة من التكاليف التي يقتضيها الحصول على الثمار وتدفع عادة من الربح ، في حين أن الإصلاحات الجسيمة تدفع عادة من رأس المال فتكون على المالك (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٣٤ ص ٨١٧) . وانظر في تحديد أعمال الصيانة وأعمال الإصلاحات الجسيمة المادة ٦٠٦ مدني فرنسي .

والرسوم ، أن يلتزم المنتفع بدفعها لجهة الإدارة على أن يستردها من مالك الرقبة (١) .

٥١٧ - **التكاليف غير المعتادة :** وهذه كما قدمنا على المالك ، على أن يتحمل المنتفع فوائدها طول مدة الانتفاع . ومن التكاليف غير المعتادة تكاليف الإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع ، أما إذا نشأت عن خطأ المنتفع فهو الذى يتحملها وحده . فاذا احتاجت الدار المنتفع بها مثلاً إلى إصلاحات جسيمة لم تنشأ عن خطأ المنتفع ، لم يلتزم أحد ، لا المنتفع ولا مالك الرقبة ، بالقيام بهذه الإصلاحات كما سئرى (٢) . ولكن يجوز لمالك الرقبة ، للمحافظة على ملكه ، أن يقوم بها . وفى هذه الحالة تكون التكاليف عليه ، وعلى المنتفع أن يدفع فوائدها بالسعر القانونى لمالك الرقبة طول مدة الانتفاع . ويصح ، عند امتناع مالك الرقبة عن القيام بها ، أن يقوم بها المنتفع للمحافظة على حق انتفاعه . وفى هذه الحالة يدفع تكاليف هذه الإصلاحات ، على أن يستردها من مالك الرقبة عند نهاية حق الانتفاع ، فيكون هنا أيضاً قد تحمل فوائدها طول مدة الانتفاع (٣) .

ويعتبر من التكاليف غير المعتادة مصروفات دعوى تعيين الحدود ، فهذه يلتزم بها مالك الرقبة ، ويتحمل المنتفع الفوائد طول مدة الانتفاع ، وإذا قدم المنتفع هذه المصروفات فله الحق فى استردادها من المالك عند نهاية حق الانتفاع . وكذلك يعتبر من التكاليف غير المعتادة المبالغ الباقى دفعها من القيمة الاسمية للأسهم التي لم يتم الوفاء بكل قيمتها الاسمية (actions non libérées) ، فهذه على مالك الرقبة ويتحمل المنتفع الفوائد طول مدة الانتفاع ، فان قدمها المنتفع محافظة على الأسهم من السقوط فانه يسترده مادفعه من المالك عند نهاية حق الانتفاع (٤) .

(١) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٤٠ .

(٢) أنظر ما يلى فقرة ٥٣٣ .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤١ .

(٤) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٤١ .

وإذا كان العقار المنتفع به مثقلا برهن رسمي ، فإن الدين المضمون بالرهن يلتزم بدفعه مالك الرقبة المدين بهذا الدين . فإن لم يدفعه ، ورجع الدائن المرهن بدعوى الرهن على المنتفع باعتباره حائزا للعقار فيدفع هذا ما على العقار من الدين ، فإنه يرجع بما دفع فورا على مالك الرقبة ، ولا يجبر على الانتظار إلى نهاية حق الانتفاع حتى يسترده (١) .

§ ٣ - حفظ الشيء والمسئولية عن هلكه

٥١٨ - نصوص قانونية : تنص المادة ٩٩٠ مدني على ما يأتي :

١ - على المنتفع أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الرجل المعتاد .

٢ - وهو مسئول على هلاك الشيء ولو بسبب أجنبي ، إذا كان قد تأخر عن رده إلى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع .

وتنص المادة ٩٩١ مدني على ما يأتي :

« إذا هلك الشيء أو تلف ، أو احتاج إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته ، أو إلى اتخاذ إجراء يقيه من خطر لم يكن منظورا ، فعلى المنتفع أن يبادر باخطار المالك . وعليه إخطاره أيضا إذا استمسك أجنبي بحق يدعيه على الشيء نفسه » (٢) .

(١) بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٨٤٢ - وإذا كان المنتفع موصى له بحق الانتفاع بجزء من التركة ، فإنه يتحمل من فوائد ديون التركة ما يتناسب مع هذا الجزء الموصى به . فإن دفع الورثة ديون التركة ، فإنهم يرجعون على المنتفع بفوائد جزء من هذه الديون يتناسب مع الجزء الموصى به . وإن دفع المنتفع الجزء من الديون الذي يتناسب مع الجزء الموصى به له ، فإنه يرجع على الورثة بما دفع عند نهاية حق الانتفاع . فإذا لم تدفع الورثة الديون ، ولم يتقدم المنتفع بدفعها ، بيع من أعيان التركة ما يفي بالديون ، ويكون في ذلك انتقاص من الجزء من التركة الموصى بحق انتفاعه يتحملة المنتفع (انظر المادة ٦١٢ مدني فرنسي ، والمواد ٩٥١ - ٩٥٣ من التقنين المدني السوري ، والمواد ٤٧ - ٤٩ من قانون الملكية العقارية اللبناني) . وانظر فيمن يتحمل مصروفات الدعاوى التي تتعلق بحق الانتفاع وبالرقبة المادة ٦١٣ مدني فرنسي .

(٢) تاريخ النصوص : م ٩٩٠ : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٥ من المشروع التمهيدى

على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ماعدا أن نص المشروع التمهيدى كان يشتمل في آخر الفقرة الثانية على عبارة « حتى لو لم يطلب المالك الرد » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٦٥ في المشروع النهائي ، بعد حذف عبارة « ولو لم يطلب

وتقابل النصوص المادة ٤٣/٢٤ من التقنين المدني السابق (١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري ، م ٢١/٩٤٨ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٩٤-٩٩٥ - وفي التقنين المدني العراقي م ١/١٢٥٤ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٤٤ (٢) .
ونتكلم فيما يأتي : (١) مدى مسئولية المنتفع عن حفظ الشيء . (٢) أمثلة عن أعمال الحفظ التي يجب على المنتفع القيام بها . (٣) القيود الواردة على مسئولية المنتفع عن حفظ الشيء .

المالك الردء من آخر الفقرة الثانية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٢ - ص ٥٤٤) .
م ٩٩١ : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
«إذا هلك الشيء أو تلف ، أو احتاج إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك القيام به ، أو اتخاذ إجراء يقيه من الخطر لم يكن منظوراً ، فعلى المنتفع أن يبادر بإخطار المالك ، وعليه إخطار المالك أيضاً إذا اغتصب أجنبي حقاً على الشيء» . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٦٦ في المشروع النهائي ، بعد استبدال عبارة «مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته» بعبارة «ما يجب على المالك القيام به» ، واستبدال عبارة «إذا استمسك أجنبي بحق يدعيه على الشيء نفسه» بعبارة «وإذا أغتصب أجنبي حقاً على الشيء» ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٣ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٤ - ص ٥٤٦) .

(١) التقنين المدني السابق م ٤٣/٢٤ : لا يسأل المنتفع عن ضياع أو تلف للشيء متى كان حاصلًا دون تقصير منه .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢١/٩٤٨ : ١ - على المنتفع أن يستغل العقارات كمالك معتن مجتهد . وعليه على الأخص أن يعلم المالك بالتهديدات التي يقدم عليها الغير على العقارات ، وإلا كان مسئولاً عن الضرر الذي يلحق بما لكها . ٢ - وعليه أيضاً أن يتابع العمل بصكوك التأمين المعقودة سابقاً ، وأن يسدد أقساط التأمين المترتبة عليه . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٩٩٥/٩٩٤ - (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١/١١٥٤ : على المنتفع أن يستعمل الشيء بحسب ما أعده له ، وأن يبذل من العناية في حفظه ما يبذله الشخص المعتاد . وهو مسئول عن هلاكه ولو بغير تعد ، إذا كان قد تأخر في رده إلى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع (وهذا النص يكاد يطابق المادتين ٩٩٠ و ١/٩٨٨ من التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٤٤ : (تكاد تطابق المادة ٢١/٩٤٨ من التقنين السوري ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

٥١٩ - مدى مسؤولية المنتفع عن حفظ الشيء : تقول الفقرة الأولى من المادة ٩٩٠ مدني ، كما رأينا (١) ، أنه « على المنتفع أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الشخص المعتاد » . فهناك إذن التزام على المنتفع ، هو أن يقوم بالمحافظة على الشيء . وهو التزام يبذل عناية لا بتحقيق غاية ، فيطلب من المنتفع في القيام بهذا الالتزام أن يبذل عناية الشخص المعتاد ، وذلك سواء حصل على حق الانتفاع معاوضة أو تبرعا . فالخطأ الذي يسأل عنه المنتفع في حفظ الشيء هو أن ينحرف ، في المحافظة عليه ، عن السلوك المألوف للشخص المعتاد .

والخطأ هنا لا يفترض في جانب المنتفع ، بل على مالك الرقبة ، إذا أصاب الشيء تلف ، أن يثبت أن هذا التلف قد وقع بخطأ المنتفع ، أي بانحرافه في المحافظة على الشيء عن سلوك الرجل المعتاد . فإذا لم يستطع مالك الرقبة إثبات ذلك ، فلا مسؤولية على المنتفع . أما إذا أثبت مالك الرقبة خطأ المنتفع على هذا النحو ، فإن مسؤولية المنتفع عن التعويض تسري عليها أحكام القواعد العامة . فيكون المنتفع مسئولاً عن تعويض مالك الرقبة عن جميع الأضرار التي لحقت بهذا الأخير من جراء تلف الشيء أو هلاكه .

ويعتبر انحرافاً عن السلوك المألوف للرجل المعتاد ، ومن ثم يعتبر خطأ يكون المنتفع مسئولاً عنه ، أن يتأخر المنتفع في رد الشيء للمالك بعد انتهاء مدة الانتفاع فيهلك الشيء في يده ولو كان الهلاك بسبب أجنبي (م ٩٩٠/٢ مدني) . والخطأ الذي يعتديه هنا هو تأخر المنتفع عن رد الشيء إلى المالك ، وقد اقترن الهلاك بهذا الخطأ فيكون المنتفع مسئولاً عن تعويض المالك عن الضرر الذي لحق به من جراء هلاك الشيء . وغنى عن البيان أنه يخلص مما تقدم أن المنتفع يلتزم بـرد الشيء إلى المالك عند انتهاء حق الانتفاع (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥١٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « على المنتفع أيضاً أن يحافظ على الشيء ، ويبذل من العناية في ذلك ما يبذله الشخص المعتاد . فإن انتهى حق الانتفاع ، وجب عليه الرد . فإذا تأخر الرد وهلك الشيء ، ولو بسبب أجنبي ، كان مسئولاً عن الهلاك ، حتى لو كان المالك لم يطالب بالرد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٣) . وانظر كاربونيه ص ١١٠ .

٥٣٠ - أمثلة من أعمال الحفظ التي يجب على المتفع القيام بها : ومن أمثلة أعمال الحفظ التي يجب على المتفع القيام بها أن يبادر إلى إخطار مالك الرقبة بكل ما يتعرض له العين من أخطار مما يلزم المالك أن يتوقاه بنفسه ، حتى يتيسر لهذا الأخير أن يبادر إلى القيام بما تقتضيه الظروف من أعمال الوقاية . فإذا انتزع أجنبي الحيازة من المتفع ، أو تعرض الأجنبي له في حيازته مستمسكا بحق يدعيه على الشيء نفسه كحق ملكية أو حق ارتفاق ، أو تعرض الشيء لخطر لم يكن منظورا كأن سبط عليه اللصوص أو استولت عليه الإدارة ولو استيلاء مؤقتا أو خربته غارة جوية ، أو هلك الشيء أو تلف لسبب لا يرجع إلى خطأ المتفع كأن كان ذلك يرجع إلى سبب أجنبي أو إلى القدم (vetusté) ، أو احتاج الشيء إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته ، وجب على المتفع أن يبادر إلى إخطار مالك الرقبة بما وقع (م ٩٩١ مدني) . وليس للإخطار شكل خاص ، فيصح أن يكون بكتاب أو شفويا ، ولكن يجب على المتفع أن يثبت أنه قام بالإخطار اللازم . فإذا لم يثبت ذلك ، كان مسئولاً عن تعويض الضرر الذي يصيب مالك الرقبة من عدم المبادرة إلى الإخطار .

ومن أمثلة أعمال الحفظ أيضا ألا ينهك المتفع بأرض زراعية الأرض يزرع تدر عليه ربحا كبيرا ، غير مبال بما يصيب الأرض من ضرر يلحق مالك الرقبة في سبيل الحصول على هذا الربح الكبير لنفسه . وكذلك لا يجوز له ، وهو يسكن الدار التي ينتفع بها ، أن يتلف الأبواب والنوافذ ، أو أن يلحق بالدار ضررا غير مألوف ، أو ألا يقوم بأعمال الصيانة اللازمة للمحافظة على سلامة الدار وما يلحق بها من أنابيب المياه والغاز والأحواض وغيرها مما يحتاج إلى عناية في حفظه .

وإذا كان المالك قد أمن على الشيء ، فانه يعتبر من أعمال الحفظ أن يحدد المتفع هذا التأمين ، وأن يدفع أقساط التأمين طول مدة انتفاعه (١) .

(١) أنظر م ٢/٩٤٨ مدني سوري وم ١/٤٢ من قانون الملكية المقاربية اللبناني . وانظر كذلك المادة ١٠٤٥ مدني الماني . أما في فرنسا فيبدو أن المتفع لا يلتزم بتجديد عقد التأمين (بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٨٣٢ - مازو فقرة ١٦٨١) .

٥٢١ - القيد الواردة على مسؤولية المتفع عن حفظ الشيء : ويرد على مسؤولية المتفع عن حفظ الشيء قيدان :

(القيد الأول) لا يكون المتفع مسئولاً عن إعادة البناء الذي تهدم بسبب فجائي أو بسبب القدم (م ٦٠٧ مدني فرنسي) . فما دام التهدم لا يرجع إلى خطأ في جانبه كإهماله في القيام بأعمال الصيانة ، فهو غير مسئول عنه ، ولا يلزم بإعادة البناء . وكذلك الإصلاحات الجسيمة فقد قدمنا أنه غير مسئول عنها ، إلا إذا كانت راجعة إلى خطأه . وإذا كان المتفع غير ملزم بإعادة البناء ولا بالإصلاحات الجسيمة في الأحوال التي قدمناها ، فإن مالك الرقبة غير ملزم هو أيضاً بذلك . وإذا هو أعاد البناء أو قام بالإصلاحات الجسيمة ، فإن له يرجع بفوائد التكاليف التي أنفقها على المتفع طول مدة الانتفاع ، وإذا قام المتفع نفسه بإعادة البناء أو بالإصلاحات الجسيمة ، فإن له أن يسترد التكاليف من مالك الرقبة عند انتهاء حق الانتفاع (١) .

(القيد الثاني) يستطيع المتفع أن يتخلص من الزامه بحفظ الشيء وبالقيام بأعمال الصيانة الواجبة ، وذلك بالتخلي (abandon) عن حقه في الانتفاع . فإن هذا الالتزام الترام عيني كما قدمنا ، فإذا تخلى عن العين يتخلص من الالتزام الذي كانت العين سبباً فيه . على أنه لا يتخلص من الالتزام إلا من وقت التخلي ، أما ما وجب عليه من أعمال الصيانة قبل ذلك فيلترم بالقيام به من وقت التخلي ، حتى لو رد الثمار التي قبضها من العين منذ بداية الانتفاع . فقد ترتب الالتزام نهائياً في ذمته قبل التخلي ، وليس للتخلي أثر رجعي (٢) .

§ ٤ - جرد المنقول وتغريم كفالة به

٥٢٢ - نص قانوني : تنص المادة ٩٩٢ مدني على ما يأتي :

١ - إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً ، وجب جرده ،

(١) انظر آنفاً فقرة ٥١٧ .

(٢) بودي وشوفو فقرة ٦٨٠ - بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٧٣٧ ص ٨٢٠ -

وقارن أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣١ وهامش ٢٢ .

ولزم المنتفع تقديم كفالة به . فان لم يقدمها بيع المال المذكور ، ووظف ثمنه في شراء سندات عامة يستولى المنتفع على أرباحها .

٢ - وللمنتفع الذي قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك ، وإنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع . وله نتاج المواشي ، بعد أن يعرض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجيء (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المواد ٢١-٢٣/٤٠-٤٢ (٢) .
ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩٣٩ - ٩٤٢ - وفي التقنين المدني الليبي ٩٩٦ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٥٦ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٣٥ - ٣٨ (٣) .

٥٢٣ - الاقتصاد في هذا التراسم على المنقول دوره العقار : في

ترتيب التزام في ذمة المنتفع بالجرد (inventaire) وبتقديم كفالة caution يقتصر التقنين المدني المصري ، كما نرى من النص سالف الذكر ، على المنقول دون العقار . أما العقار فلا يلتزم المنتفع في شأنه بأن يحرر بياناً (état) عنه ، ولا أن يقدم كفالة به . وهذا بخلاف التقنين المدني الفرنسي ، فانه يوجب الجرد في المنقول وتحرير البيان في العقار ، ويوجب في الحالتين على المنتفع تقديم كفالة . وقد سار التقنين المدني المصري الجديد في ذلك على سنة التقنين المدني المصري السابق ، فقد كان هذا التقنين أيضاً لا يوجب الجرد ولا الكفالة إلا في المنقول .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٦٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٦ - ص ٥٤٨) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٤٠/٢١ : إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً ، وجب حصره بالجرد ، ولزم المنتفع تقديم كفالة به . فان لم يقدمها بيع المال المذكور ، ووضع ثمنه في أوراق أميرية ، وأعطيت أرباحها إليه .

م ٤١/٢٢ : يجوز للمنتفع الذي قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء التي تنعدم بالاستعمال ، إنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع .

م ٤٢/٢٣ : الزيادة التي تحصل من نتاج المواشي تكون للمنتفع بها ، إنما بعد أن يستعرض من التاج ما نفق من الأصل بأفة ساهوية .

(وهذه النصوص جميعاً تتفق مع نص التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

ويبرر الخطة التي سار عليها التقنين المدني المصري ، السابق والجديد ، أن العقار لا يخشى عليه ، وقل أن يحدث في ذاتيته أو في قيمته خلاف . وإذا أراد مالك الرقبة أن يحتاط فيما يتعلق بحالة العقار ، فله أن يحرر بياناً بحالته ، ولكن هذا لا يكون التزاماً في ذمة المنتفع . والأمر مختلف بالنسبة إلى المنقول ، فهو عرضة للضياع ، وقد لا يتيسر الثبوت من ذاتيته أو من قيمته ، فأوجب المشرع على المنتفع أن يجري جرده في محضر حتى تتبين ذاتيته ، مع تقويمه حتى تتحدد قيمته . ثم لما كان من اليسير تبديد المنقول أو ضياعه ، فقد أوجب المشرع المصري أيضاً على المنتفع أن يقدم كفالة به ، حتى يضمن بذلك حق مالك الرقبة في استرداده أو استرداد قيمته عند نهاية حق الانتفاع .

٥٢٤ - تحرير محضر جرد بالمنقول : ولم يوجب القانون شكلاً خاصاً لمحضر الجرد ، على خلاف التقنين المدني الفرنسي الذي يوجب أن يحرر

= التقنين المدني السوري م ٩٣٩ : ١ - يجب على المنتفع قبل مباشرته الانتفاع : (١) أن ينظم كشفاً بالمقاربات (ب) أن يقدم كفلاً قديراً على الدفع . ٢ - على أنه يجوز إغفاله من هذين الالتزامين بنص السند الذي ينشأ بموجبه حق الانتفاع . م ٩٤٠ : ١ - يجب تنظيم الكشف بالمقاربات بحضور المالك أو بعد أن يدعى إلى ذلك بطريقة قانونية ، ويجب تحريره على الشكل المتبع لدى الكاتب العدل ، على نفقة المنتفع . ٢ - على أنه يجوز للمنتفع أن يتفق ومالك الرقبة ، بشرط أن يكون الطرفان حائزين على أعلية المتناقد ، على وضع الكشف بالتراضي وبدون نفقة . م ٩٤١ : إذا قدمت الكفالة متأخرة ، فالثمار التي يكون قد تناولها مالك العقار أثناء هذا التأخير ترد للمنتفع . ٢ - ويجوز أن يستعاض عن الكفالة برهن أو تأمين على أموال تعتبر كافية .

م ٩٤٢ : إذا لم يقدم المنتفع الكفالة ولا ضمانة أخرى ، فتؤجر المقاربات الجارية عليها حق الانتفاع أو تسلم إلى حارس قضائي ، وتؤخذ أجرة الحارس من ثمار العقار . (وهذه النصوص ، كنصوص قانون الملكية العقارية اللبناني ، التي هي مصدرها ، لا تتكلم إلا عن حق الانتفاع بالمقار) . التقنين المدني الليبي م ٩٩٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ١٢٥٦ (توافق الفقرة الأولى من المادة ٩٩٢ مدني مصري) . قانون الملكية العقارية اللبناني م ٣٥ - ٣٨ (توافق المواد ٩٣٩ - ٩٣٨ مدني سوري مخالفة للذكر ، وهذه المواد الأخيرة مأخوذة منها) .

محضر الجرد في ورقة رسمية ما لم يعف المنتفع من هذه الرسمية أو يعف من تحرير محضر الجرد أصلاً . ففي مصر إذن يجوز تحرير محضر الجرد في ورقة عرفية ، ويوقع عليه كل من المنتفع ومالك الرقبة ، ويكون هو الدليل الكتابي على ما تسلمه المنتفع من المنقولات وحالة هذه المنقولات وقيمتها . ويجوز إعفاء المنتفع من تحرير محضر الجرد في سند حق الانتفاع ، أى في العقد أو الوصية التي أنشأت هذا الحق . ولا يعد سكوت مالك الرقبة عن تحرير محضر الجرد بعد تسلم المنتفع للمنقولات إعفاء للمنتفع من تحرير هذا المحضر ، بل يصح أن يطالب مالك الرقبة المنتفع بعد أن يكون هذا قد تسلم المنقولات بتحرير المحضر .

وعدم قيام المنتفع بالتزامه من تحرير محضر الجرد لا يترتب عليه أن يفقد حق انتفاعه ، بل كل ما يترتب عليه أنه لا يستطيع تسلم المنقولات من مالك الرقبة قبل تحرير هذا المحضر . وللمنتفع بعد تحرير محضر الجرد أن يتسلم المنقولات وأن يتسلم ثمارها من بداية حق الانتفاع ، فان حقه لم يسقط في تقاضى هذه الثمار (١) .

٥٢٥ - تقديم الكفالة بالنقول : ولا يكفي تحرير محضر جرد للمنقول ، بل يجب على المنتفع أن يقدم في الوقت ذاته لمالك الرقبة كفالة بهذا المنقول . فاذا أضرع المنتفع المنقول أو بدده أو أتلفه أو ألحق به أى ضرر ، كان الكفيل ضامناً للتعويض الذى يلتزم المنتفع بدفعه لمالك الرقبة . ويجب أن يكون الكفيل مقتدرًا ومقيمًا في مصر ، ويقوم مقام الكفالة أن يقدم المنتفع رهناً رسمياً أو رهن حيازة (٢) . وإذا كانت السندات المنتفع بها سندات لحاملها ، فان تحويلها إلى سندات اسمية ، تسجل باسم مالك الرقبة بالنسبة إلى الرقبة وباسم المنتفع بالنسبة إلى حق الانتفاع ، يكون ضامناً كافياً ، ويعفى المنتفع من تقديم كفالة (٣) .

(١) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٢٣ .

(٢) وتنص المادة ٧٧٤ مدنى على أنه « إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً في مصر . وله أن يقدم ، عوضاً عن الكفيل ، تأميناً عينياً كافياً » .

(٣) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٢٦ .

وعدم قيام المستفع بتقديم كفالة على النحو المتقدم الذكر لا يحرمه من حق الانتفاع ، ولكن يمنعه من تسلم المنقولات قبل تقديم الكفالة ، فاذا ما قدمها فإنه يتسلم المنقولات كما يتسلم ثمارها من وقت بداية حق الانتفاع ، على النحو الذى قدمناه فى تحرير المحضر . وإذا سلم مالك الرقبة المنقولات قبل أن يقدم المستفع الكفالة ، فإن هذا لا يعفى المستفع من تقديم الكفالة فيما بعد ، إلا إذا استخلص من تسليم المنقولات على هذا النحو نزول ضمنى من مالك الرقبة عن الكفالة (١) .

ويجوز إعفاء المستفع من تقديم الكفالة ، إعفاء صريحاً أو ضمناً . فيرد الإعفاء صراحة فى السند الذى ينشئ حق الانتفاع من عقد أو وصية ، كما يستخلص ضمناً من أن المالك باع العين أو رهنها واحتفظ لنفسه بحق الانتفاع ، فإن سكوت المشتري أو الموهوب له عن اشتراط تقديم الكفالة يستفاد منه أن مالك الرقبة قد نزل عن حقه فى طلب الكفالة (م ٦٠١ مدنى فرنسى) .

وإذا لم يقدم المستفع الكفالة ولم يعف، من تقديمها ، فإنه يجوز لمالك الرقبة أن يطلب بيع المنقولات بالطريقة التى تقرها المحكمة ، وتوظيف ثمنها فى سندات عامة ، أى سندات على الدولة كسندات الدين الموحد أو سندات قرض الانتاج ، لأن هذه السندات توفر لكل من مالك الرقبة والمستفع قدراً كبيراً من الضمان . ويكون للمستفع فى هذه الحالة أرباح هذه السندات طول مدة الانتفاع ، ولا يدخل فى الأرباح ما عسى أن أن يكسب السند من جائرة ، بل الجائرة تكون لمالك الرقبة ، فاذا انتهى حق الانتفاع ، ردت السندات لمالك الرقبة ، وأصبحت ملكيته لها كاملة وله أن يتصرف فيها كما يشاء .

٥٢٦- الانتفاع بالاشياء القابلة للاستهلاك والانتفاع بقطع من المواشى

إمالة : وتقول الفقرة الثانية من المادة ٩٩٢ مدنى ، كما رأينا (٢) ، إن « للمستفع الذى قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك ، وإنما عليه

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٩ ص ٦٤٤ - بلانيول وريبيرويكار ٣ فقرة ٨٢٥ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٢٢ .

أن يرد بلها عند انتهاء حقه في الانتفاع . وله نتاج المواشي بعد أن يعوض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجيء . وهذا النص يشير ، فيما يتعلق بالأشياء القابلة للاستهلاك ، إلى شبه حق الانتفاع ، وقد سبق الكلام ذلك ، كما يشير فيما يتعلق بالمواشي إلى الانتفاع بقطع من المواشي وقد سبق أيضا الكلام فيه ، فتحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (١) .

المبحث الثاني

آثار حق الانتفاع بالنسبة إلى مالك الرقبة

٥٢٧ - من التصرف في الرقبة : لمالك الرقبة أن يتصرف تصرف

المالك في الرقبة ، بحيث لا يكون في هذا التصرف ضرر يلحق انتفاع المتفع بالعين . فله أن يبيع الرقبة أو يقايض عليها أو يقدمها حصة في شركة أو يقدمها مقابلاً لوفاء دين في ذمته أو يهبها أو يوصي بها . وينتقل إلى مالك الرقبة الجديد ، على هذا النحو ، جميع حقوق المالك السابق ، وبوجه خاص يصبح مالكا للعين ملكية كاملة بعد انتهاء حق الانتفاع (٢) .

ولمالك الرقبة في العقار أن يرهنها رهناً رسمياً ، ولدائنيه أن يأخذوا عليها حق اختصاص . وقد يترتب على الرقبة في العقار والمنقول حق امتياز كما إذا باع مالك العقار أو المنقول حق الرقبة واحتفظ لنفسه بحق الانتفاع ، فيكون له حق امتياز على الرقبة لاستيفاء الثمن . فإذا ترتب حق من هذه الحقوق على الرقبة ، جاز للدائن أن يبيعها استيفاء لحقه ، فيكون للراشي عليه المزايا نفس حقوق مالك الرقبة الأصلي ، وعلى ذلك يصبح مالكا للعين ملكية كاملة عند انتهاء حق الانتفاع (٣) .

-
- (١) أنظر آنفاً فقرة ٤٧٧ و فقرة ٤٩٥ .
 (٢) أنظر م ٩٥٨ من التقنين المدني السوري وم ٥٤ من قانون الملكية العقارية اللبناني .
 (٣) وفي التنفيذ على الرقبة لا يدخل المتفع طرفاً في الإجراءات ، لأن حقه لا يتأثر ولا يضار بهذا التنفيذ (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥١) . ولا يجوز للمتفع التدخل في تفضيصة رقبة العين المتفع بها ، لأن المتفع حقه عين لا يتأثر بالتفضيصة ولا يضار بها (استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٠٤) .
 وإذا باع مالك الرقبة الملكية الكاملة للعين ، لم ينفذ هذا البيع في حق المتفع إلا برضاه . وقد يتفقان على أن يختص كل منهما بجزء من الثمن يتناسب مع قيمة حقه ، أو أن يبقى الثمن كله لمالك الرقبة على أن يكون للمتفع فوائده . إلى نهاية حق الانتفاع ، أو على أمر آخر يرتضيهان معاً (قارن بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٨٤٨) .

ولمالك رقبة العقار أيضاً أن يرتب حق ارتفاق على العقار ، فاذا تعارض استعمال حق الارتفاق مع انتفاع المتفع ، لم يجوز لمالك العقار المرتفق أن يستعمل حق الارتفاق إلا بعد انتهاء حق الانتفاع (١) .

٥٢٨ - الحق في الحصول على ما تنتجه العين إذا لم يكن ثماراً :

وإذا كان من المسلم به أن تكون ثمار العين للمتفع ، فإن ما تنتجه العين مما لا يعتبر ثماراً يكون لمالك الرقبة . فاذا كان الشيء المتفع به سنداً أو سهماً وبيع جائزة ، فالجائزة لا تعتبر ثماراً وتكون لمالك الرقبة ويكون للمتفع فوائد الجائزة (٢) . وإذا وزعت الشركة جزءاً من احتياطياتها على المساهمين ، أو وزعت عليهم سندات إضافية اشترتها بجزء من رأس المال أو كانت تمثل حصة ساهمت بها الشركة في شركة أخرى ، اعتبر هذا جزءاً من رأس المال لا من الربح ، فيكون لمالك الرقبة وتكون فوائده للمتفع . وإذا أصدرت الشركة أسهماً جديدة لزيادة رأس المال ، وأضافت علاوة (prime) على القيمة الاسمية للسهم الجديد تمثل نصيب هذا السهم في الاحتياطيات ، فهذه العلاوة لا تعتبر ربحاً بل هي جزء من رأس المال . فاذا وزعت الشركة هذه العلاوات على المساهمين القدامى ، كان نصيب السهم من هذه العلاوات من حق مالك الرقبة وللمتفع الفوائد (٣) .

٥٢٩ - هو مباشرة الدعاوى التي تتعلق بالرقبة: ولمالك الرقبة أن

يباشر الدعاوى التي تتعلق بالرقبة . فله أن يرفع دعوى الاستحقاق ، ودعوى الحيازة ، ودعوى الإقرار بحق ارتفاق أو إنكاره ، ودعوى القسمة ، ودعوى تعيين الحدود (٤) .

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٧ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٩٨ .

(٣) أنظر في كل ذلك آنفاً فقرة ٤٩٨ - وإذا كان ما تنتجه العين مما لا يعتبر ثماراً هو حق مالك الرقبة على النحو الذي قدمناه ، فأولى أن يكون من حق مالك الرقبة ما لم تنتجه العين ولا يعتبر جزءاً منها . فالكثر الذي يعثر عليه في العقار المتفع به يكون من حق مالك الرقبة دون المتفع ، بل إن المتفع لا يحق له الحصول على الفوائد في هذه الحالة لأن الكثر مال مستقل عن العقار وليس ناتجاً منه ، وقد سبق بيان ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٤٩٦) .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٣ ص ٦٨٧ - بودرى وشوفو فقرة ٥٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٠ ص ٨٠٣١ - وإذا كانت هناك دعوى تتعلق بالرقبة وحق =

٤ ٢ - عمدة مالك الرقبة بالمتنفع

٥٣٠ - وجود التزامات شخصية في ذمة المتنفع نحو مالك الرقبة :

رأينا أن هناك التزامات شخصية تترتب في ذمة المتنفع نحو مالك الرقبة ، وهي التزامات نشأت بحكم القانون من واقعة مادية ، هي وجود العين تحت يد المتنفع (١) فهذه الالتزامات تجعل الحق لمالك الرقبة في أن يطالب المتنفع بتنفيذها بمجرد أن يخل بها هذا الأخير ، ولا يجبر مالك الرقبة على الانتظار إلى نهاية حق الانتفاع حتى يطالب بتنفيذها . بل إن لمالك الرقبة أن يطلب الحكم بإسقاط حق الانتفاع قبل نهايته ، إذا أساء المتنفع استعمال الشيء أو استثماره إلى درجة تعرض الرقبة للخطر (م ٩٨٨ / ٢ مدني) (٢) . وعلى المتنفع بوجه خاص أن يرد العين للمالك عند نهاية حق الانتفاع .

٥٣١ - لا توجد التزامات شخصية في ذمة مالك الرقبة نحو المتنفع :

ولما كان المتنفع له حق عيني على العين هو حق الانتفاع ، فإن له بموجب هذا الحق العيني سلطة مباشرة على العين لا يحتاج في استعمالها إلى تدخل مالك الرقبة ، كما يحتاج المستأجر الذي ليس له إلا حق شخصي لتدخل المؤجر لتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة . وعلى ذلك لا توجد التزامات شخصية في ذمة مالك الرقبة نحو المتنفع ، والمتنفع وشأنه ينتفع بالعين مباشرة طبقاً لما حوله له القانون من حقوق دون حاجة إلى معاونة مالك الرقبة في ذلك . وقد يترتب للمالك على العين حق انتفاع معاوضة ، ويلتزم في العقد بضمان التعرض والاستحقاق ، ولكن الالتزام الذي تترتب هنا في ذمة مالك الرقبة إنما تترتب بموجب العقد لا بموجب حق الانتفاع (٣) .

= الانتفاع مآ ، ودخل المتنفع وحده فيها خصماً ، كان على الخصم الآخر أن يدخل مالك الرقبة خصماً في الدعوى حتى يكون الحكم سارياً في حقه . أما إذا كانت الدعوى تتعلق بالرقبة وحدها دون حق الانتفاع ، كما إذا تنازع على الرقبة شخصان يسلمان مآ بأن حق الانتفاع لشخص ثالث ، فلا محل في هذه الحالة - لإدخال المتنفع خصماً في الدعوى (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٠) - وتبقى مستندات ملكية الدين عند مالك الرقبة ، على شرط أن يمكن المتنفع من استعمالها عند الاقتضاء وتقديمها في الدعوى (ديمولومب فقرة ٢١٨ مكررة - بودري وشومو فقرة ٤٣٤) ..

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥١١ وما بعدها .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥١٤ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٤ ص ٨٣٤ هامش ٢ .

٥٣٢ - لا يجوز لمالك الرقبة أنه يتسبب في تعطيل أو في إنقاص

هو المتفع: ولا يجوز لمالك الرقبة أن يتسبب في تعطيل أو في إنقاص حق المتفع. ولكن ذلك لا يرجع إلى وجود التزام شخصي بالضمان في ذمة مالك الرقبة نحو المتفع، بل يرجع إلى أن للمتفع حقاً عينياً لا يجوز لأحد أن يتعدى عليه، وشأن مالك الرقبة في عدم جواز التعدي على حق المتفع شأن أي شخص آخر (١). وعلى ذلك لا يجوز لمالك الرقبة، دون موافقة المتفع، أن يدخل تعديلاً في العين، كأن يقيم أبنية جديدة أو يعلى البناء الموجود أو يهدم جزءاً منه (٢)، أو أن يحول سنداً اسماً إلى سند لحامله (٣)، أو يبيع العقار المتفع به ويبادر إلى تسجيل البيع قبل أن يسجل المتفع حق الانتفاع (٤).

٥٣٣ - هو مالك الرقبة استثناء في تعطيل أو إنقاص هو المتفع

للمحافظة على العين: على أن مالك الرقبة، إذا كان عليه في الأصل أن يمتنع عن تعطيل أو إنقاص حق المتفع شأنه في ذلك شأن أي شخص آخر، ليس كأي شخص آخر أجنياً عن العين، بل هي ملكه ويعنيه أن يحافظ على سلامتها. فله أن يقوم بالإصلاحات الجسيمة في العين ولو لم يوافق المتفع، بل ولو حرم المتفع بذلك من الانتفاع بالعين المدة اللازمة للقيام بهذه الإصلاحات، وذلك دون أن يكون مالك الرقبة مسئولاً عن تعويض المتفع عن هذه المدة. فالإصلاحات الجسيمة، وإن لم يكن القيام بها التزاماً في ذمة مالك الرقبة، إلا أن القيام بها من حقه حتى يحافظ على سلامة العين (٥).

(١) بازو فقرة ١٦٦١.

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٣ ص ٦٨٥ - بودري وشوفو فقرة ٥٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٥ ص ٨٢٤.

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٥ ص ٨٢٥.

(٤) والذي يقطع في أنه لا يوجد التزام شخصي في هذا الصدد في ذمة مالك الرقبة أن هذا الأخير إذا كان له عقار مجاور للعقار المتفع به، فإن له أن يستعمل حقه ملكيته كاملاً في هذا العقار، ولو أدى ذلك إلى الإضرار بالمتفع، مادام أنه قد راعى التزامات الحوار فلم يلحق بالمتفع ضرراً غير مألوف (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣٣ ص ٦٨٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٥ ص ٨٢٥).

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٥١٧.

وإذا كان القيام بالإصلاحات الجسيمة من حق مالك الرقبة ، فأولى أن يكون من حقه إعادة بناء ما تهدم من العين بسبب فجائي أو بسبب القدم ، وقد سبق الكلام في ذلك ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (١)

الفرع الثالث

انتهاء حق الانتفاع

البحث الأول

الأسباب التي ينتهي بها حق الانتفاع

٥٣٤ - يراه قهره الأسباب : السببان المألوفان لانتهاء حق الانتفاع هما انقضاء الأجل وموت المتفع . ثم إن حق الانتفاع قد ينتهي بهلاك الشيء . وبعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة . وهذان السببان قد ورد في شأنهما نص صريح . يضاف إلى الأسباب الأربعة المتقدمة ثلاثة أسباب أخرى لم يرد في شأنها نص صريح . هي تملك حق الانتفاع بالتقادم . والتزول عنه ، واتحاد الذمة . فهذه أسباب سبعة (٢) . نستعرضها على التعاقب .

(١) أنظر آتياً فقرة ٥٢١ - وانظر في التأمين على العين المتفع بها . سواء من جانب مالك الرقبة وحده أو من جانب المتفع أو كان من جانبها معاً ، ولمصلحة أي منهما أو لمصلحة الاثنين : بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٣ .

وهناك رأى في الفقه الفرنسي يدعو إلى إيجاد تضامن وتعاون أكبر بين مالك الرقبة والمتفع في خلال مدة الانتفاع ، فيجوز مثلاً للمتفع أن يلزم مالك الرقبة بالقيام بالإصلاحات الجسيمة ، ويكون له الحق في تقاضي تعويض عن التحسينات والمنشآت التي يستحدثها في العين المتفع بها ، ويكون له تحت رقابة القضاء الحق في تعديل طرق الانتفاع بالعين المتفع بها وطرق استغلالها (كاربونييه ص ١١٥) .

(٢) وهناك أسباب أخرى ، تكفي الإشارة إليها هنا . فقد ينتهي حق الانتفاع لسقوطه بسوء الاستعمال ، وقد تقدم الكلام في ذلك (آتياً فقرة ٥١٤) . وقد ينتهي أيضاً بفسخ حق المالك الذي رتب الانتفاع ، كما لو كانت ملكيته معلقة على شرط فاسخ ويتحقق الشرط ومن ثم تزول الملكية بأثر رجعي ويزول تبعاً لزوالها مارتبه المالك من حق الانتفاع ، وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة . أما شبه حق الانتفاع ، وفيه تنتقل ملكية الأشياء القابلة للاستهلاك إلى المتفع ، فانه لا ينتهي إلا بانقضاء الأجل وبموت المتفع (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٦١) .

٥٣٥ - انتهاء حق الانتفاع بانقضاء الأجل وموت المستفيد نص

قانوني : تنص المادة ٩٩٣ مدني على ما يأتي :

« ١ - ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين ، فان لم يعين له أجل عد مقررًا لحياة المستفيد . وهو ينتهي على أي حال بموت المستفيد ، حتى قبل انقضاء الأجل المعين » .

٢ - وإذا كانت الأرض المستفيدة بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المستفيد بزرع قائم ، تركت الأرض للمستفيد أو لورثته إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفعوا أجره الأرض عن هذه الفترة من الزمن (١) .

ونخلص من هذا النص أن حق الانتفاع أما أن يحدد سنده لإنشائه (العقد أو الوصية) له أجلا ، أو ألا يحدد . ففي الحالة الأولى ، ينتهي حق الانتفاع بأحد أمرين : انقضاء الأجل المحدد (٢) ، أو موت المستفيد حتى قبل انقضاء

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٦٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٨ - ص ٥٥٠) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق : م ٣٣/١٦ : لا يعطى ذلك الحق إلا لشخص أو أكثر موجود على قيد الحياة وقت الإعطاء ، وينتهي على كل حال بوفاة إن لم يكن ميعاد محدد قبل الوفاة المذكورة . م ٤٦/٢٧ : ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الزمن المعين له ، أو بترك المستفيد حقه فيه ، أو بانعدام المال المقرر عليه حق الانتفاع ، أو باستعماله استعمالا غير جائز ، هذا مع مراعاة حقوق الدائنين المرتهنين . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢٠١/٩٥٤ : ١ - يسقط حق الانتفاع بانتهاء أجله ، أو بموت المستفيد أو بتلف الشيء المستفيد به تلفا كاملا ، . . . ٢ - لا يكون لهذا السقوط أثر قانوني إلا بعد ترقين القيد المدون في السجل العقاري . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري) .
التقنين المدني الليبي م ٩٩٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٥٧ (مطابق الفقرة الأولى من المادة ٩٩٣ مصري) .
قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٥٠ (وتطابق م ٢٠١/٩٥٤ سوري سالف الذكر ،
والمادة الأخيرة مأخوذة منها) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن حق الانتفاع ينتهي بانقضاء الأجل وينتهي معه حق من تلقى حق الانتفاع والمستفيد ، وذلك دون حاجة إلى إغذار من المالك أو إغذار منه (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٩) .

الأجل المحدد . ونرى من ذلك أن حق الانتفاع لا يورث ، ما دام ينتهي
 حتماً بموت المنتفع . وفي الحالة الثانية . إذا لم يحدد لحق الانتفاع أجل ، اعتبر
 هذا الحق مقررًا مدى حياة المنتفع ، وانتهى هنا أيضاً بموت المنتفع (١) .
 وإذا انتهى حق الانتفاع بانقضاء الأجل أو بموت المنتفع ، وكان في
 الأرض زرع قائم ، فقد قدمنا أن الأرض تترك للمنتفع إذا كان انتهاء حق
 الانتفاع بسبب انقضاء الأجل ، أو تترك لورثته إذا كان انتهاء هذا الحق
 بموت المنتفع ، إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفع المنتفع أو ورثته للمالك
 الرقبة أجرة المثل للأرض من وقت انتهاء حق الانتفاع إلى وقت
 إدراك الزرع (٢) .

٥٣٦ - انتهاء حق الانتفاع بهلاك الشيء ونقصه : تنص المادة

٩٩٤ مدني على ما يأتي :

« ١ - ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء ، إلا أنه ينتقل من هذا الشيء
 إلى ما قد يقوم مقامه من عوض » .

« ٢ - وإذا لم يكن الهلاك راجعاً إلى خطأ المالك ، فلا يجبر على إعادة
 الشيء إلى أصله . ولكنه إذا أعاده . رجع للمنتفع حق الانتفاع إذا لم يكن
 الهلاك بسببه ، وفي هذه الحالة تطبق المادة ٩٨٩ الفقرة الثانية » (٣) .

(١) وقد قدمنا أنه إذا قرر حق الانتفاع لمصلحة شخص معنوي ، فإنه يدوم مادام هذا
 الشخص المعنوي قائماً ، ولا ينتهي إلا بانحلال الشخص المعنوي ، ما لم يكن قد حدد أجل لحق
 الانتفاع وانقضى الأجل قبل انحلال الشخص المعنوي (أنظر آنفاً فقرة ٤٨٤) .
 (٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٩٣ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٤٩ من المشروع التمهيدى على الوجه
 الآتي : « ١ - ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء ، إلا أنه ينتقل من هذا الشيء إلى العوض الذي
 قام مقامه . ٢ - وإذا لم يكن الهلاك راجعاً إلى خطأ المالك ، فلا يجبر على إعادة الشيء
 لأصله . ولكنه إذا أعاده ، رجع حق الانتفاع » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٦٩
 في المشروع النهائي ، بعد تعديله على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق
 عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٤ (مجموعة الأعمال
 التحضيرية ٦ ص ٥٥١ - ص ٥٥٣) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٦/٢٧ (أنظر آنفاً فقرة ٥٣٥ في الهامش) .
 ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

١. التقنين المدني السوري م ٣/٩٥٤ : ينتقل حق الانتفاع عند الانقضاء إلى التعويض المدفوع

ويخلص من هذا النص أنه إذا هلك الشيء المتفع به هلاكاً كلياً ، انتهى حق الانتفاع لانعدام محله . والهلاك قد يكون مادياً كما إذا احترقت الدار أو انهدمت ، وقد يكون قانونياً كما إذا نزع ملكية الشيء للمنفعة العامة .

فإذا كان الهلاك يرجع إلى خطأ المتفع ، ألزم بإعادة الشيء إلى أصله على سبيل التعويض ، ويعود حق الانتفاع . وإذا كان الهلاك يرجع إلى خطأ مالك الرقبة ، أجبر على إعادة الشيء إلى أصله ، ويعود حق الانتفاع مع تعويض المتفع عن المدة التي فاتته فيها الانتفاع . وإذا كان الهلاك يرجع إلى خطأ الغير ، فإن حق الانتفاع ينتقل إلى التعويض المترتب في ذمة الغير ، ويكلف المتفع بتقديم كفالة لأن التعويض وهو مبلغ من النقود قابل للاستهلاك . وكذلك الحكم فيما إذا كان الهلاك يرجع إلى نزع ملكية الشيء للمنفعة العامة ، فينتقل حق الانتفاع إلى التعويض ، ويكلف المتفع بتقديم كفالة . وإذا كان الهلاك قضاءً وقدرًا ، لم يجبر المالك على إعادة الشيء إلى أصله ، ولكنه إذا أعاده رجع حق الانتفاع للمتفع ، ويلتزم هذا بأن يودى للمالك فوائد ما أنفقه طول الباقى من مدة حق الانتفاع (م ٩٨٩ / ٢ مدني) .

وإذا كان الشيء مؤمناً عليه ، فإن كان التأمين لمصلحة المتفع وحده كان له قبض مبلغ التأمين . وكذلك إذا كان التأمين لمصلحة المالك وحده فإن لهذا أيضاً قبض مبلغ التأمين . أما إذا كان التأمين لمصلحة الاثنين معاً ، فإن حق الانتفاع ينتقل إلى مبلغ التأمين ، ويكون للمتفع فوائده وللمالك رأس المال^(١)

عن التأمين أو ثمن الاستهلاك لمفعنه عامة (وانظر م ١/٩٥٤ سوري آنفاً فقرة ٥٣٥ في الهامش) .
م ٩٥٦ : ١ - إذا لم يكن حق الانتفاع جارياً إلا على بنائة ، وحدث أن تلفت هذه البناية بحريق أو بحادث آخر ، أو أنها سقطت من القدم ، فلا يحق للمتفع أن يستغل الأرض ولا مواد البناء . ٢ - ويكون الأمر بالعكس فيما إذا كان الانتفاع يشمل تمام العقار الذي تكون البناية جزءاً منه ، مالم تطبق في الحالتين المذكورتين الفقرة الثانية من المادة ٩٥٠ .
(وهذه الأحكام تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٩٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٥٨ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٥٠ (توافق المادة ٩٥٤ مدني سوري بفقراتها الثلاث ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

م ٥٢ (توافق المادة ٩٥٦ مدني سوري ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦

ص ٥٥٢ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٦٥ ص ٨٤٣ .

٥٣٧ - انتهاء حق الانتفاع بعدم الاستعمال - نص قانوني :
تنص المادة ٩٩٥ مدني على ما يأتي :

« ينتهي حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة » (١) .
ويخلص من هذا النص أن حق الانتفاع ، ككل حق عيني آخر عدا حق الملكية ، يسقط بالتقادم المسقط ، أي بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة .
وينقطع التقادم باستعمال المتفع أو من ينوب عنه (كستأجر أو مشتر) العين ولو مرة واحدة ، بل ولو انطوت هذه المرة على إساءة في الاستعمال . وكذلك يوقف التقادم كلما وجد سبب يتعذر معه على المتفع أن يستعمل العين ، كما لو كان المتفع قاصراً وليس له ولي أو وصي .
ومتى انتهى حق الانتفاع بعدم الاستعمال ، عاد الحق إلى مالك الرقبة .
وفقد حق الانتفاع بالتقادم المسقط غير كسبه بالتقادم المكسب (٢) .

٥٣٨ - انتهاء حق الانتفاع بملكه بالتقادم المكسب : وهنافترض
أن شخصاً وضع يده على حق الانتفاع ، فكسبه بالتقادم أو بالحيازة . وبهذا يفقد المتفع الأصلي حقه ، لا بعدم الاستعمال الذي يجب أن يدوم خمس عشرة سنة ، بل لأن الغير قد كسب هذا الحق بتقادم قد تكون مدته خمس عشرة سنة ، وقد تكون مدته خمس سنوات ، بل قد يكسب الغير حق الانتفاع بمجرد الحيازة .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٥١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٧٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٥ (مجموعة الأعمال التضيرية ٦ ص ٥٥٣ - ص ٥٥٦) .
ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٠/٢٩ : ينتهي حق الانتفاع أيضاً بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٩٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٦٠ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التضيرية ٦ ص ٥٥٤ .

ويكسب الغير حق الانتفاع بالتقادم المكسب الطويل ، ومدته خمس عشرة سنة ، إذا حازه شخص سيء النية ، في كل من العقار والمنقول .
ويكسب بالتقادم المكسب القصير ، إذا حازه شخص حسن النية وكان مرتباً على عقار . ويكسب بمجرد الحيازة ، إذا كان مرتباً على منقول وكان الحائز حسن النية (١) .

٥٣٩ - انتهاء حق الانتفاع بالنزول عنه : ويجوز للمتفع أن ينزل عن حقه في الانتفاع ، فينزل هذا الحق ، وتعود إلى مالك الرقبة ملكية العين كاملة . ويقع النزول إما بإرادة منفردة تصدر من المتفع ، أو بتوافق إرادتي المتفع ومالك الرقبة .

فاذا وقع النزول بإرادة المتفع المنفردة ، فليس هناك شكل خاص لهذه الإرادة ، بل يصح أن تكون إرادة ضمنية . وبيع مالك الرقبة ملكية العين كاملة بموافقة المتفع وبدون تحفظ من هذا الأخير ، قد يدل تبعاً للظروف التي تحيط بالبيع على أن المتفع قد نزل نزولاً ضمناً عن حق الانتفاع . ونزول المتفع عن حقه بإرادته المنفردة يسرى دون حاجة إلى قبول مالك الرقبة ، ولا يجوز للمتفع بعد أن يصدر منه النزول أن يعدل عنه .

وإذا وقع النزول باتفاق بين المتفع ومالك الرقبة ، فإن هذا الاتفاق قد يكون تبرعاً من جانب المتفع ، ولا يكون هذا هبة لحق الانتفاع بل نزولاً عنه لمالك الرقبة ، فلا يشترط أن يكون الاتفاق في شكل الهبة ، وقد يكون الاتفاق معاوضة ، بأن يعطى مالك الرقبة للمتفع مقابلاً لنزوله عن حق الانتفاع . وسواء كان النزول تبرعاً أو معاوضة ، فهو نزول عن حق الانتفاع ، وليس نقلاً لهذا الحق لمالك الرقبة . ذلك بأن مالك الرقبة ليس في حاجة إلى أن ينتقل له حق الانتفاع ، بل يكفي أن ينزل المتفع عن هذا الحق حتى تعود الملكية كاملة لمالك الرقبة .

وإذا كان حق الانتفاع مرتباً على عقار . فإن النزول عنه لا يحتاج به على الغير ، كدائن مرتين لحق الانتفاع ، إلا بالتسجيل . فإذا كان الدائن

(١) ويصح أن يكون الذي يكسب حق الانتفاع بالتقادم هو مالك الرقبة نفسه إذا وضع يده على حق الانتفاع بنية تملكه ، كما يصح أن يضع الغير يده على العين كلها بنية تملكها فيكسب ملكيتها الكاملة ، ويضيق على كل من المتفع ومالك الرقبة حقه في العين (مازو فقرة ١٦٨٢) .

المرتبهن لحق الانتفاع قد قيد الرهن قبل تسجيل التزول ، فان الرهن يبقى قائماً بالرغم من هذا التزول . ولدائى المتفع أن يطعنوا بالدعوى البولصية فى نزول المتفع عن حقه ، إذا وقع هذا التزول غشا إضرار بحقوقهم (١) .

٥٤٠ - انتهاء حق الانتفاع باتحاد الزمة : كان المشروع التمهيدى

للتقنين المدنى يشتمل على نص هو المادة ١٢٥٠ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ينتهى حق الانتفاع إذا اجتمعت فى شخص واحد صفتا المتفع والمالك ، غير أنه لا يعد منتهياً إن كان للمالك مصلحة فى بقاءه » (٢) . ويخلص من هذا النص أن حق الانتفاع ينتهى باتحاد الذمة (consolidation) . ويكون ذلك إما بأن تنتقل ملكية الرقة إلى المتفع فيجتمع فى هذا الأخير صفتا المتفع والمالك ، أو بأن ينتقل حق الانتفاع إلى مالك الرقة فيجتمع هنا أيضاً فى مالك الرقة صفتا المالك والمتفع . وفى الحالتين ينتهى حق الانتفاع ، وبانتهائه تثبت الملكية كاملة إما للمتفع إذا انتقلت إليه الرقة أو للمالك الرقة إذا انتقل إليه حق الانتفاع (٣) . وإذا انتقلت الرقة أو حق الانتفاع بسبب

(١) أنظر م ٩٥٩ مدنى سورى وم ٥٥ من قانون الملكية العقارية البنائى - وانظر بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٦٦ ص ٨٤٤ - ص ٨٤٥ .

(٢) وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، « لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٢ فى الهامش) . وانظر المادة ١٢٥٩ مدنى عراقى .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ١٢٥٠ من هذا المشروع : « ينتهى حق الانتفاع كذلك باتحاد الذمة ، بأن يرث المالك المتفع أو يرث المتفع المالك ، أو يشتري المالك حق الانتفاع أو يشتري المتفع حق الرقة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٢ فى الهامش) . ويلاحظ على هذا القول أنه لايتأتى أن يرث المالك المتفع ، لأن حق الانتفاع ينتهى حتماً بموت المتفع ، فلا يورث عنه هذا الحق . وإنما تعود ملكية العين كاملة لصاحب الرقة بموت المتفع ، لا بسبب اتحاد الذمة ، بل لانتهاء حق الانتفاع (بودرى وشوفو فقرة ٧٣٨ ص ٤٧٨) .

والقول بأن اتحاد الذمة يتحقق بانتقال الرقة إلى المتفع أو بانتقال حق الانتفاع إلى مالك الرقة هو القول المشهور (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٤ ص ٦٩٥ - ص ٦٩٦ وهامش ٢٦ - بودرى وشوفو فقرة ٧٣٨ - فقرة ٧٣٩) . وهناك رأى يذهب إلى أن اتحاد الذمة لايتحقق فى شخص مالك الرقة ، لأن هذا المالك إذا حصل على حق الانتفاع معاوضة أوتبرعا ، اعتبر ذلك نزولا من المتفع عن حقه فيزول حق الانتفاع ، وترجع الملكية كاملة للمالك الرقة ، لا بموجب اتحاد الذمة ، بل بموجب زوال حق الانتفاع (بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٧٠) . وهذا الرأى الأخير هو الذى نختاره ، فقد قدمنا أن انتقال حق الانتفاع إلى مالك الرقة لا يعد انتقالا بل هو نزول عن حق الانتفاع (أنظر آند فقرة ٥٣٩) .

زال بأثر رجعي ، كعقد أبطل أو فسخ ، فإن اتحاد الذمة يزول هو أيضاً بأثر رجعي ، ويعود حق الانتفاع إلى الظهور .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى تفسير ما جاء فى آخر المادة ١٢٥٠ من المشروع من أن حق الانتهاء لا يعد منتهياً إن كان للمالك مصلحة فى بقاءه ، ما يأتى « ويلاحظ أن المالك إذا ملك حق الانتفاع بالعقد مثلاً ، وكان حق الانتفاع مرهوناً ، فإن الرهن يبقى ولا يتعدى إلى الرقبة . أما إذا كانت الرقبة مرهونة فالأصل أن حق الانتفاع ، إذا عاد إلى صاحب الرقبة ، أو إذا ملك المتفع الرقبة المرهونة ، تعدى الرهن إلى حق الانتفاع ، لأن الرقبة هى الأصل وحق الانتفاع تبع لها فيشملها الرهن . وكذلك احتاط المشروع ، فنص على أن حق الانتفاع لا يعد منتهياً إن كان للمالك مصلحة فى بقاءه . وتكون له هذه المصلحة إذا كانت الرقبة مرهونة ، فيبقى حق الانتفاع منفصلاً عن الرقبة حتى لا يتعدى إليه الرهن » (١) .

المبحث الثانى

ما يترتب على انتهاء حق الانتفاع

٥٤١ - رد الشيء للمتفع به إلى المالك : يترتب على انتهاء حق الانتفاع ، فى أكثر أسباب انتهاء هذا الحق ، أن تعود ملكية الشيء كاملة إلى المالك ، ويجب فى هذه الحالة على المتفع أو ورثته رد الشيء إليه . وقد يكون الرد عيناً ، ويغلب أن يكون ذلك فى العقار كالدار والأرض ، أو فى بعض المنقولات كالمتجر والأسهم والسندات . فإذا كان الشيء قابلاً للاستهلاك ، فقد قدمنا أن الملكية تنتقل إلى المتفع ، ويرد إلى المالك مثله أو قيمته . وإذا هلك الشيء ، كأن احترقت الدار ، فعلى المتفع أن يثبت أن الحريق لا يرجع إلى خطأ فى جانبه ، وإلا كان مسئولاً عن التعويض (٢) .

٥٤٢ - المبالغ التى يستردها المتفع من المالك عند نهاية حق الانتفاع : وقدمنا أن هناك مبالغ قد يتفقها المتفع على الشيء المتفع به ، ويستردها من المالك عند نهاية حق الانتفاع ، فيكون بذلك قد تحمل بفوائدها ما دام

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٥٥٢ فى الهامش .

(٢) بلاتويل وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٧١ - فقرة ٨٧٥ .

الانتفاع قائماً . من ذلك تكاليف الإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع ، ويقوم هذا الأخير بها ، ويستردّها بعد ذلك من المالك (١) ومن ذلك أيضاً نفقات إعادة البناء الذي تهمم بسبب فجائي أو بسبب القدم ، إذا قام المنتفع بإعادة البناء فإنه يسترد هذه التكاليف من المالك عند نهاية حق الانتفاع (٢) .

٥٤٣ - ما يحرمه المنتفع من بناء أو غراس : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص هو المادة ١٢٤٢ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ليس للمنتفع أن يحدث أى بناء أو غراس بغير رضا المالك ، وعليه أن يثبت هذا الرضاء بالكتابة أو بما يقوم مقامها » (٣) . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، دون أن يبين سبب هذا الحذف (٤) . وأمام حذف هذا النص ، لم يبق إلا تطبيق القواعد العامة .

وهذه تقضى بوجوب التمييز بين فرضين : (الفرض الأول) أن يكون المنتفع قد حصل على ترخيص من مالك الرقبة فى البناء أو الغراس . وتسرى فى إثبات هذا الترخيص القواعد العامة فى الإثبات . وفى هذا الفرض يعتبر المنتفع قد بنى أو غرس بحسن نية ، فتسرى عليه أحكام المادتين ٩٢٥ و ٩٢٦ مدنى . ومن ثم يملك صاحب الرقبة البناء أو الغراس بالالتصاق . وعليه أن يدفع للمنتفع أدنى القيمتين ، قيمة المواد وأجر العمل أو قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء أو الغراس . وللمنتفع إذا شاء أن يطلب نزع البناء أو الغراس من الأرض على أن يعيدها إلى أصلها ، ولكن ليس للمالك الرقبة أن يطلب إزالة البناء أو الغراس . (الفرض الثانى) أن يكون المنتفع قد بنى أو غرس دون الحصول على ترخيص من مالك الرقبة . وهنا يعتبر سوء النية . وتسرى عليه تبعاً لذلك أحكام المادة ٩٢٤ مدنى . فيجوز للمالك أن يطلب

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥١٧ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٢١ .

(٣) ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤٥/٢٦ : لا يجوز للمنتفع أن يبنى بناء أو يغرس غراساً بدون رضا المالك ، وعليه أن يثبت ذلك الرضاء بالكتابة أو بإقرار المالك أو بامتناعه عن اليمين .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٦ فى الهامش .

إزالة البناء أو الغراس ، وإلا تملكه بالالتصاق على أن يدفع أدنى القيمتين ، قيمة البناء أو الغراس مستحق الإزالة أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء أو الغراس (١) .

الفصل الثاني

حق الاستعمال وحق السكنى

(Usage et Habitation)

٥٤٤ - **نصوص قانونية :** تنص المادة ٩٩٦ مدني على ما يأتي :
« نطاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته لخاصة أنفسهم ، وذلك دون إخلال بما يقرره السند المنشئ للحق من أحكام » .

وتنص المادة ٩٩٧ على ما يأتي :

« لا يجوز التزول عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى ، إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي » (٢) .

(١) أنظر ما قدمناه آنفاً عند الكلام في الالتصاق فقرة ١٠٦ - وانظر في القضاء الفرنسي والفقه الفرنسي في هذه المسألة : أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٧٠ هامش ٢٣ وفقرة ٢٣٥ ص ٧٠٦ - بودري وشوفو فقرة ٥٦٩ - فقرة ٥٧٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧٩ .
(٢) تاريخ النصوص :

٩٩٦ م : ورد هذا النص في المادة ١٢٥٢ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٧١ في المشروع النهائي ، بعد إدخال تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٥ - ص ٥٥٦) .

٩٩٧ م : ورد هذا النص في المادة ١٢٥٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٧٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٦ - ص ٥٥٨) .

٩٩٨ م : ورد هذا النص في المادة ١٢٥٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٧٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٧٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٨ - ص ٥٥٩) ..

وتنص المادة ٩٩٨ على ما يأتي :

« فيما عدا الأحكام المتقدمة تسري الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى ، متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين » .
وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣/١٤ (١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي ، ١٠٠٠ - ١٠٠٢ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٦١ - ١٢٦٥ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٢) .

٥٤٥ - التعريف بحق الاستعمال وبحق السكنى : حق الاستعمال هو حق

عيني يتقرر لشخص على شيء مملوك لغيره ، وينحول صاحب هذا الحق استعمال الشيء لنفسه ولأسرته . فهو إذن فرع عن حق الانتفاع ، إذ أن حق الانتفاع ينحول صاحبه حق الاستعمال وحق الاستغلال ، أما هذا الحق

(١) التقنين المدني السابق م ٣٠/١٤ : ويجوز أن يكون الحق المذكور (حق الانتفاع)

أقل مما ذكر على حسب شرط الإتفاق أو شرط التبرع الذي ترتب عليه وجود ذلك ، كأن يكون قاصراً على مجرد الاستعمال الشخصي أو حق السكنى .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ١٠٠٠ - ١٠٠٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٦١ : يصح أن يكون تملك المنفعة قاصراً على الاستعمال

أو على السكنى .

م ١٢٦٢ (توافق المادة ٩٩٦ مصرى) .

م ١٢٦٣ (تطابق المادة ٩٩٧ مصرى) .

م ١٢٦٤ : ١ - إذا احتاجت الدار التي تقرر عليها حق السكنى إلى إصلاح ، التزم صاحب هذا الحق بإجرائه ، على أن تكون المباني التي يقيمها ملكاً خالصاً له ينتقل إلى ورثته .

٢ - فإذا امتنع صاحب الحق عن القيام بهذا الإصلاح ، فلمصلحة أن تؤجر الدار لشخص آخر يقوم بالإصلاح خصماً من الأجرة ، ويرد الدار في نهاية الإيجار لصاحب حق السكنى .

(يطابق هذا النص المادة ١٢٥٤ من المشروع التمهيدى للتقنين المدني المصري) .

م ١٢٦٥ (تطابق المادة ٩٩٨ مصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل . ولكن المادة ٥٣٩ من تقنين الموجبات والمقود

البناني تنص على ما يأتي : «من ليس له على الشيء سوء حق الاستعمال الشخصي أو حق السكنى

أو حق الحبس أو حق التأمين لا يجوز له أن يؤجره» .

فلا ينحول صاحبه إلا حق الاستعمال ، بل وحق الاستعمال محدوداً بحاجاته الشخصية هو وأسرته . والمقصود بالأسرة كل من يعوله صاحب حق الاستعمال ، من زوجة وأولاد وأقارب وخدم . وقد يتحدد حق الاستعمال في وجوه معينة من الاستعمال دون غيرها ، فيكون حق استعمال مقيداً (droit d'usage restraint) .

أما حق السكنى فهو فرع عن حق الاستعمال ، إذ هو مقصور على نوع معين من الاستعمال هو السكنى . فحل حق السكنى إذن يكون داراً يسكن فيها صاحب الحق وأسرته ، والمقصود بالأسرة هنا هو نفس المقصود بالأسرة في حق الاستعمال . وعلى ذلك يكون حق الانتفاع هو أعم الحقوق الثلاثة . فإذا تخصص للاستعمال دون الاستغلال ، كان حق استعمال . وإذا تخصص الاستعمال للسكنى دون غيرها من ضروب الاستعمال ، كان هذا هو حق السكنى . ويتضح مما تقدم أن كلا من حق الانتفاع وحق الاستعمال يرد على العقار وعلى المنقول ، أما حق السكنى فلا يرد إلا على العقار وبالذات على دار للسكنى (١) .

٥٤٦ - أمظام خاص بحق الاستعمال وحق السكنى : وأهم ما يختص به

حق الاستعمال وحق السكنى دون حق الانتفاع من أحكام هو ما تقرره المادة ٩٩٧ مدني السالف ذكرها من أنه « لا يجوز التزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى ، إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى » . ويقاس على عدم جواز التزول عدم جواز الإيجار . فالأصل إذن أن كلا من حق الاستعمال وحق السكنى مقصور على صاحب الحق نفسه هو وأسرته ، وبمقدار حاجتهم الشخصية . فلا يجوز لصاحب الحق أن يتزل عنه للغير بمقابل أو بغير مقابل ، ولا يجوز له أن يؤجره . وإذا نزل عنه للغير أو آجره ، كان التزول أو الإيجار باطلاً ، لأنه إنما يتزل عن حقه أو يؤجره وهو حق غير قابل للتزول عنه ولا للإيجار (٢) .

(١) أنظر استئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٥٥ .

(٢) أنظر في رأى آخر يذهب إلى أن صاحب حق السكنى إنما يؤجر العين ذاتها فيكون إيجاره صحيحاً ، ولكن لا ينفذ في حق المالك الذي يكون له أن يسترد العين : منصور مصطفي منصور في عقدي البيع والإيجار فقرة ١٤٩ ص ٣٤٧ - محمد ليبب شنب فقرة ٩١ - وانظر في هذه المسألة الوسيط ٦ فقرة ٣٨ ص ٤٨ هامش ٢ - والمسلم به أنه إذا أوصى لشخص بحق سكنى منزل ، فالفتوى على أنه « لا يملك المستحقون للسكنى في الدار إيجارها ، ولا أحدهم إسمكان غيره في نصيبه بموضع ، ولو ليأخذ هذا الموضع ليدفعه أجرة لعل يسكن فيه » (فتوى شرعية في ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٥٤ ص ٩٧) .

وقد قدمنا عند الكلام في عقد الإيجار ، أنه « لما كان تطبيق هذا المبدأين فيه ضيق و حرج ، فقد يوصى شخص بسكنى منزل لأولاده ، ويستدير الزمن ، فاذا البيت أصبح لا يليق بسكنائهم . وقد ينتقلون من بلد إلى بلد آخر فلا يستطيعون سكنى المنزل . ولا يستطيعون إيجاره لغيرهم والانتفاع بالأجرة في استئجار مسكن لهم في البلد الذى يقيمون فيه . من أجل ذلك أجازت المادة ٩٩٧ مدنى النزول عن حق الاستعمال أو حق السكنى إذا وجد شرط صريح أو مبرر قوى لذلك » (١) .

٥٤٧ - حكم خاص بحق السكنى : مكان المشروع التهيدى للتقنين

المدنى يتضمن نصا هو المادة ١٢٥٤ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ١ - إذا احتاجت الدار الذى تقرر عليها حق السكنى إلى إصلاح ، التزم صاحب هذا الحق باجرائه ، على أن تكون المباني التى يقيمها ملكا خاصا له ينتقل إلى ورثته . ٢ - فاذا امتنع صاحب الحق عن القيام بهذا الإصلاح ، فللقاضى أن يؤجر الدار لشخص آخر يقوم بالإصلاح خصما من الأجرة ، ويرد الدار فى نهاية الإيجار لصاحب حق السكنى » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، دون بيان لسبب حذفه (٢) ، فلم يبق إلا تطبيق القواعد العامة . وهذه تقضى بأن المباني التى يقيمها صاحب حق السكنى فى الدار لإصلاحها ، إذا احتاجت الدار للإصلاح ، يكون لها حكم المباني التى يقيمها الحائز فى ملك الغير وهو حسن النية ، فتسرى عليها أحكام المادتين ٩٢٥ و ٩٢٦ مدنى (٣) .

(١) الوسيط ٦ فقرة ٣٨ - وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع فى هذا الصدد : « حق الاستعمال وحق السكنى يتميزان عن حق الانتفاع بأنهما مقصوران على ما يكون صاحب الحق فى حاجة إليه هو وأسرته . فلا يجوز له النزول عنهما إلى الغير ، إلا إذا اشترط ذلك صراحة ، أو وجد مبرر قوى لهذا النزول وقد أدخل المشرع بهذا الاستثناء شيئا من المرونة على حق السكنى بنوع خاص ، لأن المبرر القوى كثيرا ما يتحقق فى حق السكنى ، بأن تقدم الدار الموصى بسكنائها أو تصبح غير لائقة لسكن المتفع ، فيكون له فى هذه الحالة أن يؤجرها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٧ - ص ٥٥٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٧ فى الهامش .

(٣) وعلى ذلك يملك صاحب الدار هذه المباني بالالتصاق ، وعليه أن يدفع لصاحب حق السكنى أدنى القيمتين ، قيمة المواد وأجر العمل أو قيمة زيادة ثمن الدار بسبب المباني . ولصاحب حق السكنى إن شاء أن يطلب نزع البناء من الدار على أن يعيدها لأصلها ، ولكن ليس لصاحب الدار أن يطلب إزالة البناء .

٥٤٨ - الامتياز المشتركة بين حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى

السكنى : وفيما عدا ما تقدم من الأحكام ، ينطبق على حق الاستعمال وحق السكنى ما سبق بيانه من الأحكام في حق الانتفاع ، متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين (م ٩٩٨ مدنى سالفه الذكر) . فأسباب كسب حق الاستعمال وحق السكنى هى العقد والوصية والتقادم ، دون الشفعة لأن الشفعة تقتضى بيع المشفوع فيه والحقان لا يجوز بيعهما . والتزامات صاحب حق الاستعمال وصاحب حق السكنى هى التزامات المتفع : استعمال الشيء فيما أعد له ، والقيام بأعمال الصيانة والتكاليف المعتادة ، وحفظ الشيء ، وجرد المنقول وتقديم كفالة عنه في حالة حق الاستعمال . ولكن لا ينطبق في حق السكنى أن ينتزع القاضى الدار من يد صاحب الحق ليسلمها لأمين كما يفعل في حق الانتفاع وفقاً لأحكام المادة ٩٨٨ / ٢ مدنى (١) . ولا يجوز للدائنين الحجز على هذين الحقين ، لأنهما غير قابلين للحجز ولا للتزول عنهما (٢) . وينتهى كل من الحقين ، كما ينتهى حق الانتفاع ، بموت صاحب الحق وبانقضاء الأجل وبهلاك الشيء وبعدم الاستعمال وبتملك الحق بالتقادم وبالتزول عن الحق وباتحاد الذمة .

(١) . المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٩ - كذلك لا يلزم صاحب الاستعمال بنفقات الصيانة والتكاليف المعتادة إلا بنسبة ما يحصل عليه من ثمار (إسماعيل غانم ص ١٧) .

(٢) استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٩٥ .

الباب الثاني

حق الارتفاق

(Servitude)

تمهيد

٥٤٩ - التعريف بحق الارتفاق - نص قانوني : ينص الشطر الأول

من المادة ١٠١٥ مدني على ما يأتي :

« الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الشطر الأول من المادة ١/١٢٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٩٩ (الشطر الأول) في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٩٦ (الشطر الأول) ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠١٥ (الشطر الأول) (مجموعة الأعمال الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٣ - ٦٢٥) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٥١/٣٠ : الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر أو لمنفعة الميرى . وتتبع فيه شروط العقد الذى ترتب عليه وجود هذا التكليف وعرف البلد . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد - والمقصود بحق الارتفاق المقرر لمنفعة الميرى حقوق الارتفاق الإدارية : الوسيط ٨ فقرة ٥٨ - وهذه غير حقوق الارتفاق المقررة للأفراد على المال العام ، وسيأتى ذكرها في الشطر الأخير من المادة ١٠١٥ مدني) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٦٠ : ١ - الارتفاق هو تكليف مفروض على عقار لمنفعة عقار معين جار في ملكية شخص غير مالك العقار الأول . ٢ - ويقوم هذا التكليف إما بتحويل شخص آخر من مباشرة أعمال تصرفيه في العقار المفروض عليه التكليف ، وإما بحرمان صاحب ذلك العقار من استعمال بعض حقوقه . (ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصرى) .

التقنين المدني الليبي م ١٠١٨ (الشطر الأول) (مطابق) .

التقنين المدني العراقى م ١٢٧١ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٥٦ (مطابق للمادة ٩٦ سوري ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

ونخلص من هذا التعريف أن هناك عناصر ثلاثة يتكون منها حق الارتفاق :
العقار المرتفق ، والعقار المرتفق به ، ومنفعة يقدمها العقار المرتفق به للعقار
المرتفق .

(فأولاً) يجب أن يكون هناك عقار مرتفق (fonds dominant) ،
وهو العقار الذي تقرر لفائدته حق الارتفاق . ولا يتقرر هذا الحق إلا لفائدة
عقار . ويقرره مالك هذا العقار ^(١) . ويعتبر هذا الحق تابعا (accessoire)
للعقار المرتفق وملحقا به . وينتقل معه إلى أي يد ينتقل إليها هذا العقار . ولذلك
يزيد حق الارتفاق من قيمة العقار المرتفق ، أيا كان المالك لهذا العقار .
وجميع الأسباب التي تنقل ملكية العقار المرتفق من مالك إلى آخر ، من ميراث
ووصية وعقد وشفعة وتقادم . تنقل إلى المالك الجديد مع ملكية العقار المرتفق
حق الارتفاق ^(٢) .

(وثانياً) يجب أن يكون هناك عقار مرتفق به (fonds servant) ،
وهو العقار الذي تقرر عليه حق الارتفاق ، فحد من منفعته لفائدة العقار
المرتفق . وكما أن حق الارتفاق لا يتقرر إلا لفائدة عقار . فهو أيضا لا يترتب
إلا على عقار . ويرتبه مالك هذا العقار . ومن ثم يكون حق الارتفاق دائما
حقا عينيا عقاريا ، فهو عقار حتما ^(٣) . وينتقل حق الارتفاق سلبيا مع العقار
المرتفق به إلى أي يد ينتقل إليها هذا العقار . كما ينتقل إيجابيا مع العقار المرتفق
فيما رأينا . ويجب أن يكون العقار المرتفق به مملوكا لشخص غير الشخص الذي
يملك العقار المرتفق . فلا يقوم حق ارتفاق بين عقارين مملوكين لشخص
واحد (Neminis res sua servit) . يصح أن يكون هناك عقاران
مملوكان لشخص واحد ، وقد خصص المالك أحد العقارين لتقديم فائدة للعقار

(١) وقد قضى بأن المستأجر لا يستطيع أن يقرر حق ارتفاق لفائدة العقار المؤجر
(استئناف مخطط ٦ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٨٨) .

(٢) وهذا بخلاف حق الانتفاع ، فقد رأينا يتقرر لمصلحة شخص معين لا لمصلحة عقار ،
ويزول حتما بموت هذا الشخص . ولذلك يسمى عند الرومان بحق الارتفاق الشخصي servitude
personnelle . إلى جانب حق الارتفاق الذي يسمى بحق الارتفاق العيني servitude réelle —
أنظر مازو فقرة ١٦٤٦ .

(٣) وهذا بخلاف حق الانتفاع . فقد يترتب على العقار فيكون عقارا ، وقد يترتب
على المنقول فيكون منقولا .

الآخر . ولكن تقاضى هذه الفائدة لا يكون استعمالا لحق ارتفاق ، وإنما هو استعمال لحق الملكية ، ما دام العقاران مملوكين لشخص واحد . فإذا ما أصبح مالك أحد العقارين غير مالك للعقار الآخر ، فهنا يقوم حق ارتفاق بين العقارين لاختلاف المالك ، ويترتب حق الارتفاق في هذه الحالة بتخصيص المالك الأصلي كما سنرى (انظر المادة ١٠١٧ مدنى) (١) .

(وثالثا) يجب أن يقدم العقار المرتفق به للعقار المرتفق فائدة تحد من منفعة العقار الأول . فالعقار المرتفق به يخدم العقار المرتفق ، ومن أجل ذلك سمى العقار الأول بالعقار الخادم وسمى العقار الثانى بالعقار المخدم . وهذه الخدمة أو هذا التكليف يحدده السند الذى أنشأ حق الارتفاق ، وهو يتنوع بحسب حاجة العقار المرتفق وقابلية العقار المرتفق به . وهو فى جميع الأحوال يزيد من فائدة العقار الأول أى من قيمته ، ويحد من منفعة العقار الثانى إذ يجعله مثقلا بتكليف معين . ومن أمثلة هذا التكليف أن يكون العقار المرتفق به ممرا للعقار المرتفق ، أو موردا للمياه التى تسقيه ، أو مجرى للمياه التى تأتية المرى ، أو مكانا تسيل منه مياه الصرف . فيكون هناك حقوق ارتفاق بالمرور أو بالشرب أو بالمجرى أو بالمسيل ، وهذه غير القيود القانونية المتعلقة بالمرور أو بمياه المرى التى سبق بحثها عند الكلام فى حق الملكية (٢) . والفرق بين هذه وتلك أن القيود القانونية تستوجب استيفاء شروط معينة ، متى توافرت فإن القانون نفسه هو الذى يرتب تكليفا على عقار لفائدة عقار آخر . أما حقوق الارتفاق التى نحن بصددتها فلا تستوجب توافر هذه الشروط ، ولا يرتبها القانون ، وإنما يرتبها الاتفاق أو غيره من أسباب كسب حق الارتفاق التى

(١) ووحدة المالك إنما تمنع من قيام حق الارتفاق إذا كان شخص واحد يملك كلا من العقارين ملكية تامة لا يشاركه فيها أحد . وإلا فإنه يجوز أن يقوم حق ارتفاق على عقار يملكه اثنان على الشيوع لفائدة عقار آخر يستقل بملكية أحد هذين الإثنين ، كما يجوز أن يقوم حق ارتفاق على عقار يستقل بملكته شخص واحد لفائدة عقار آخر يملكه هذا الشخص شائما مع آخرين (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٧ - بودرى وشوفو فقرة ٨٠٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٨٩ ص ٨٧١ - مارتى ورينو فقرة ١٣٩ ص ١٥٨ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٧١) .

(٢) أنظر المذاكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦

سيأتي بيانها . وقد يختلف التكليف في نوعه عن التكاليف المقررة في القيود القانونية ، فيوجد مثلاً حق ارتفاق بالرؤية (prospect) بموجبه يتمتع مالك العقار المرتفق به من أن يبني في عقاره حتى يفسح للعقار المرتفق مجال الرؤية البعيدة التي يتمتع بها . وتوجد أيضاً حقوق الارتفاق التي تحد من حق مالك العقار المرتفق به في البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقعته . ويوجد كذلك حق ارتفاق بالتجميل (embellissement) يترتب على العقارات المحاذية لطريق عام يراد تجميله ، وبموجبه يترك ملاك هذه العقارات مسافة معينة تفصل بين العقار والطريق العام ، ويبني المالك في هذه المسافة حوضاً يغرّس فيه زهوراً بقصد تجميل المنظر العام للطريق . ونرى من ذلك أن التكليف الذي يثقل العقار المرتفق به ، كما يقصد به فائدة (utilité) العقار المرتفق وهو الغالب . قد يقصد به تزيين هذا العقار والزيادة في رونقه (agrément) كما هو الأمر في حق الارتفاق بالرؤية وحق الارتفاق بالتجميل .

ولا يشترط في الفائدة أن تكون حالة . بل يصح أن تكون مستقبلة « (١) . ولا تستلزم الفائدة التي يقدمها العقار المرتفق به للعقار المرتفق تلاصق (contiguïté) هذين العقارين ، بل ولا تجاورهما (voisinage) . فيصح أن يكون أحدهما بعيداً عن الآخر ، كما إذا ترتب حق ارتفاق باغتراف

(١) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٤٧ ص ٩٠ - وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني يشتمل على نص هو المادة ١٢٨٧ من هذا المشروع ، تجرى على الوجه الآتى : « ١ - يجوز أن يترتب حق الارتفاق لتحقيق فائدة مستقبلية للعقار المرتفق . ٢ - وإذا كان العقار المرتفق أو العقار المرتفق به بناء مزماً إقامة أو عقاراً مزماً تملكه ، فإن الارتفاق لا يتقرر إلا عند تمام البناء أو تحقق الملك » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص : « الأصل أن تكون الخدمة حالة ، ولكنها قد تكون مستقبلية ، كحق ارتفاق يقرر على بناء مزمر إقامة فيتفق صاحب العقار المرتفق مع صاحب البناء المستقبل على تقرير حق مطل مثلاً على هذا البناء عند تمامه ، وكحق ارتفاق يقرر على عقار مزمر تملكه فيتفق صاحب العقار المرتفق مع الشخص الذي سيمتلك هذا العقار على أن يكون له حق مرور عليه عند تملكه » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، تجنباً للتفصيلات . أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٣ - ص ٦٢٤ في الهامش .

وقد قضى بأن حق الارتفاق يمكن إنشاؤه فوراً لفائدة مقبلة للعقار المرتفق (مصر الكلية ٣٠ يونيو سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٤٥ ص ٦٥ - شفيق شحاتة فقرة ٣٢٣ ص ٣١٩) .

المياه (*puisage d'eau*) ، أو باستخراج الأحجار والمواد الأخرى (*extraction des matériaux*) لمصلحة عقار على عقار آخر يبعد عنه بمسافة طويلة (١) .

٥٥٠ - **خصائص حق الارتفاق** : وقد تبين مما قدمناه أن حق الارتفاق هو حق عيني يترتب على عقار لفائدة عقار آخر ، فهو إذن حق عيني عقارى كما سبق القول . ولحق الارتفاق ، إلى جانب هذه الخاصية ، خصائص أخرى أهمها ثلاث : (١) فهو حق تابع (*accessoire*) . (٢) وهو حق دائم (*perpétuel*) . (٣) وهو حق غير قابل للتجزئة (*indivisible*) .

١ - **فحق الارتفاق حق تابع** : تابع للعقار المرتفق فهو من ملحقاته الإيجابية ، ولا ينفصل عن هذا العقار فيما يجرى على العقار من تصرفات . فاذا بيع العقار المرتفق أو وهب أو رهن أو جرى عليه أى تصرف آخر ، فإن التصرف يشمل العقار وحق الارتفاق معاً . كذلك إذا ترتب على العقار حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى ، فإن هذا الحق يمتد أيضاً إلى حق الارتفاق . وإذا حجز على العقار ، فإن الحجز يشمل العقار وحق الارتفاق . فحق الارتفاق يتبع إذن العقار المرتفق أينما انتقل ، ويجرى عليه ما يجرى على العقار (*ambulant cum domino*) (٢) .

وكذلك يتبع حق الارتفاق العقار المرتفق به ، على النحو الذى يتبع به العقار المرتفق . فاذا بيع العقار المرتفق به أو وهب أو رتب عليه حق انتفاع أو حق رهن أو جرى عليه أى تصرف آخر ، فإنه يجرى عليه هذا التصرف وهو محمل بحق الارتفاق . فينتقل إلى المشتري أو الموهوب له أو المستفيع مثلاً مثلاً بحق الارتفاق .

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٧ ص ٩١ - بودرى وشوفو فقرة ٨٠١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٠ - ماركى ورينو فقرة ١٣٩ ص ١٥٨ - نقض فرنسى ٧ يولييه سنة ١٩٣٧ داللو الأسبوعى ١٩٣٧ - ٤٦٩ .

(٢) كذلك لا يمكن التصرف فى حق الارتفاق منفصلاً عن العقار المرتفق ، فيبيعه مثلاً مالك العقار المرتفق مستقلاً عن العقار أو يرهنه أو يحجز عليه الدائنون . والنزاع يجوز هو أن ينزل مالك العقار المرتفق عن حق الارتفاق مستقلاً لمصلحة مالك العقار المرتفق به ، فيزول حق الارتفاق بالتزول عنه . أنظر مازو فقرة ١٧١١ ص ١٣٥٢ .

٢ - وحق الارتفاق حق دائم : والمقصود بدوام حق الارتفاق شيء غير المقصود بدوام حق الملكية . فقد قدمنا أن الملكية حق دائم بمعنى ثلاثة : بمعنى إنه يبقى مادام الشيء المملوك باقياً فلم يحدد له القانون وقتاً معيناً لإنقضائه كما حدد لحق الانتفاع مثلاً ، وبمعنى أنه حق لا يجوز أن يقترن بأجل (١) . أما حق الارتفاق ، فإنه لا يتفق في صفة الدوام مع حق الملكية إلا في جزء من المعنى الأول .

فحق الارتفاق يختلف مع حق الملكية في المعنى الثالث ، إذ يجوز أن يقترن حق الارتفاق بأجل واقف أو بأجل فاسخ . (٢) ويختلف مع حق الملكية في المعنى الثاني ، إذ ينتهي حق الارتفاق بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة (م ١٠٢٧ / ١ مدني) (٣) . أما في المعنى الأول ، فإن حق الارتفاق يشترك مع حق الملكية في جزء من هذا المعنى ، وهذا الجزء المشترك هو الذي دعا إلى القول بأن حق الارتفاق حق دائم . فحق الارتفاق حق دائم بمعنى أن هذا الدوام من طبيعته (de sa nature) ، فالأجل يوقت بأجل فهو دائم كحق الملكية ، إذ هو يتبع حق الملكية في العقار المرتفق فيدوم بدوامه (٤) . ولكن

(١) أنظر في هذه المعاني الثلاثة الوسيط ٨ فقرة ٣٢٨ - فقرة ٣٣١ .

(٢) فيجوز أن يرتب مالك العقار على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر ، ويضرب لبداية حق الارتفاق أجلاً لا ينشأ إلا عند حلوله وهذا هو الأجل الواقف ، أو يضرب لنهايتها أجلاً ينتهي عند انقضائه وهذا هو الأجل الفاسخ .

(٣) وفي هذا الصدد يتميز حق الملكية عن حق الارتفاق تمييزاً واضحاً ، ويتبين ذلك في فروض من أهمها الطريق المشترك بين مالكين مجاورين لهذا الطريق . فاما أن نقول إن كل مالك يملك نصف الطريق المجاور لملكه ملكية مفرزة وله حق ارتفاق بالمرور على النصف الآخر ، أو نقول إن الطريق بأجمعه مملوك للمالكين معاً ملكية شائعة . ففي القول الأول يوجد حق ارتفاق بالمرور لكل مالك في نصف الطريق غير المجاور لملكه ، فيزول هذا الحق بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة ، وكذلك ينتهي إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال حق الارتفاق (م ١٠٢٨ / ١ مدني) ، ويجوز للمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق إذا فقد كل منفعة للعقار المرتفق (م ١٠٢٩ مدني) . وفي القول الثاني يكون الطريق مملوكاً للمالكين معاً ملكية شائعة ، فلا تسقط هذه الملكية بعدم استعمال الطريق مهما طاللت مدة عدم الاستعمال ، ولا يزول حق الملكية مهما تغير وضع الأشياء ومهما فقد المرور كل منفعة لكل من العقارين المجاورين (أنظر الوسيط ٨ فقرة ٥٩٧) .

(٤) وفي هذا يختلف حق الارتفاق عن حق الانتفاع ، فقد رأينا أن حق الانتفاع موقت دائماً ، ويزول حتماً بموت المتفع .

الدوام في حق الارتفاق ليس من جوهره (de son essence) كما هو من جوهر حق الملكية ، فقد رأينا أنه يجوز توقيت حق الارتفاق ولا يجوز توقيت حق الملكية . فاذا قلنا إن حق الارتفاق حق دائم ، فانما نعني بذلك أن هذا هو الأصل فيه (١) . ولكن هذا لا يمنع من أن حق الارتفاق ينتهي مستقلا عن حق الملكية بأسباب متعددة ، منها انقضاء الأجل المحدد له وعدم الاستعمال . وتغير وضع الأشياء وفقد الارتفاق منفعته للعقار المرتفق .

٣ - وحق الارتفاق حق غير قابل للتجزئة : فاذا جرىء العقار المرتفق ، بقي الارتفاق مستحقا لكل جزء منه (م ١/١٠٢٤ مدني) . وإذا جرىء العقار المرتفق به ، بقي الارتفاق واقعا على كل جزء منه (م ١/١٠٢٥ مدني) . وإذا كان هناك عقار مملوك على الشيوع لعدة أشخاص ، لم يجر ترتيب حق ارتفاق على جزء شائع من هذا العقار ، أو لمصلحة جزء شائع منه . بل يكون حق الارتفاق مترتبا على العقار الشائع في مجموعه ، أو لصالح كل العقار الشائع ، ويجب لذلك اتفاق جميع الملاك على الشيوع (٢) .

٥٥١ - الأشياء التي تصلح أن تكون محبرا للارتفاق : رأينا (٣) أن المادة ١/١٠١٥ مدني تقول إن « الارتفاق حق يحد من منفعة عقار ... » ، فالشيء الذي يحد حق الارتفاق من منفعته هو الشيء الذي يكون محلا لحق الارتفاق ، ولا بد أن يكون عقارا كما هو صريح النص و كما تقدم القول . فلا يصلح المنقول أن يكون محلا لحق الارتفاق ، كما يصلح أن يكون محلا لحق الانتفاع فيما قدمناه . ولما كان استعمال حق الارتفاق هو عن طريق القيام بأعمال مادية ، فالعقار الذي يصلح أن يكون محلا لهذا الحق يجب أن يكون عقارا بطبيعته . ومن ثم لا يصلح أن يكون محلا لحق الارتفاق الحقوق العينية العقارية ، كحق الانتفاع إذا كان واقعا على عقار ، وكحق الارتفاق ذاته فلا يصلح هذا الحق أن يكون محلا لحق ارتفاق آخر مترتب عليه (servitus servitutis esse non potest) كما يصلح حق الانتفاع أن يكون

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٢ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٣ - مارتق وريينو فقرة ١٤٢ ص ١٦٢ -

نقض فرنسي ٢٦ فبراير سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٤٦٥ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٥٤٩ .

محلا لحق انتفاع (١) . ولا يصلح أن يكون محلا لحق الارتفاق العقارات بالتخصيص مستقلة عن العقار بطبيعته ، إذ هي في حقيقتها منقول بطبيعته .

يبقى إذن العقار بطبيعته ، وهو أنواع ثلاثة : الأرض والنبات والمنشآت . ويستبعد القضاء الفرنسي النبات كالزراع والغراس والأشجار ، فلا يصلح أن يكون محلا لحق الارتفاق ، لأن بقاءه في الأرض لا يكون إلا لمدة معينة (٢) .

فالذي يصلح إذن أن يكون محلا لحق الارتفاق هو الأرض والمنشآت ، وقد عبر عنها التقنين المدني الفرنسي عند تعريفه لحق الارتفاق في المادة ٦٣٧ منه بلفظ *héritage* (٣) .

فالأرض . سواء كانت أرضا زراعية أو أرضا قضاء ، وسواء كانت في المدن أو في القرى ، تصلح أن تكون محلا للارتفاق (٤) .

والمباني والمنشآت تصلح هي أيضا أن تكون محلا لحق الارتفاق ، إذ هي عقار بطبيعته لاندماجها في الأرض (٥) ، ولا تصبح عقارا إلا إذا شيدت فاندجمت في الأرض وأصبحت ثابتة مستقرة ، فلا يمكن تحويلها أو نقلها إلا إذا هدمت . ويشمل ذلك المساكن والمكاتب والخوانيت والمخازن والمصانع والجسور والكبارى والسدود والخزانات والقناطر (٦) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٠٧ .

(٢) نقض فرنسي ٦ أبريل سنة ١٨٤١ دالوز ٤١ - ١ - ٢١٤ - بودري وشوفو فقرة ٧٩٢ - وقارن بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٧ ص ٨٦٧ .

(٣) وكلمة *héritage* أتت من الكلمة اللاتينية *herus* ومعناها المالك . فهي مترادف معنى الملكية في العقار والمنقول ، ولكنها تخصصت للعقار (الأرض والمنشآت) ، لأن المنقول في القانون الفرنسي القديم لم تكن له قيمة مذكورة (بودري وشوفو فقرة ٧٩٢) .

(٤) وتشمل الأرض *fonds* سطحها *surface* ، دون ما يقام فوق سطح الأرض من مبان ومنشآت أو ينبت من زرع أو يغرس من شجر ، وكذلك تشمل باطنها بعناصره المختلفة من صخور وأحجار وأتربة ورمال وجص ومعادن وغير ذلك (الوسيط ٨ فقرة ٩ ص ٢٠) .

(٥) وهي قبل تشييدها في الأرض كانت جملة من مواد البناء وأدواته ، كليات من الطوب والرمل والإسمنت والجير والجبس والخشب والحديد والأحواض والأدوات الصحية وغير ذلك من المواد التي تستعمل في البناء .

(٦) الوسيط ٨ فقرة ١١ ص ٢٤ - ص ٢٥ .

وحتى تكون الأرض والمنشآت محلاً لحق الارتفاق ، يجب أن تكون قابلة للتعامل فيها ، فما لا يجوز التعامل فيه لا يصلح أن يكون محلاً لحق الارتفاق . ومع ذلك يصلح المال العام (domaine public) أن يكون محلاً لحق الارتفاق ، إن كان ذلك لا يتعارض مع ما خصص له من وجوه الاستعمال للمنفعة العامة . وننتقل الآن إلى بحث هذه المسألة .

٥٥٢ - جواز ترتيب حق الارتفاق على المال العام - نص قانوني :

ينص الشرط الأخير من المادة ١٠١٥ مدني على ما يأتي :

« ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام ، إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال » (١) .

وقدما عند الكلام في الدومين العام أن هذا المال لا يجوز التصرف فيه بما يتعارض مع المنفعة العامة التي تخصص لها . فلا يجوز للشخص الإداري أن يبيع المال العام أو أن يرهنه أو أن يجري فيه أي تصرف يتعارض مع تخصيصه ، فإن مثل هذا التصرف من شأنه أن يزيل ملكية الشخص الإداري للمال العام ، فلا يستطيع بعد ذلك متابعة تخصيصه للمنفعة العامة . على أن هناك أنواعاً من التصرف تلائم الأموال العامة ، وهذه غير ممنوعة لأنها لا تتعارض مع تخصيص المال للمنفعة العامة . من ذلك منح الترام بمرفق عام ، فهذا تصرف يرد على مال عام ، وهو جائز للملاءمة لطبيعة المرفق العام . كذلك هناك أموال مخصصة للمنفعة العامة ، وهذا التخصيص في ذاته يقتضي استغلال

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الشرط الأخير من المادة ١/١٢٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٩٩ (الشرط الأخير) في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٩٦ (الشرط الأخير) ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠١٥ (الشرط الأخير) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٣ - ص ٦٢٥) .

ولامقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لامقابل .

التقنين المدني الليبي م ١٠١٨ (الشرط الأخير) (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لامقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لامقابل .

الدولة لها ، وذلك كالكسك الحديدية وخطوط التلغراف والتلفون ، فانه تخصيص هذه الأشياء للمنفعة العامة يكون في صورة استغلال يعود عادة بربح على الدولة (١) .

ونضيف هنا أنه يجوز ترتيب حق ارتفاق على المال العام ، إن كان ترتيب هذا الحق لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال ، وهذه ما نصت عليه صراحة المادة ١٠١٥ مدني سالفه الذكر (٢) . ويجب التمييز هنا بين فروض ثلاثة : (١) أن يكون التكليف المراد تقريره على المال العام متعارضاً (incompatible) مع المنفعة العامة التي خصص لها هذا المال ، كأن يترتب للدار مجاورة لحديقة عامة حق ارتفاق في إقامة أكشاك أو وضع مقاعد خشبية تختص بها الدار . مثل هذا الارتفاق لا يجوز ترتيبه على المال العام ، لأنه يتعارض مع المنفعة العامة التي خصصت لها الحديقة ، فهي حديقة أعدت للجمهور دون تمييز بين طائفة وأخرى . (٢) أن يكون التكليف المراد تقريره على المال العام مطابقاً (conforme) للمنفعة العامة التي خصص لها هذا المال ، ومثل هذا الارتفاق لا شك في جواز ترتيبه على المال العام . من ذلك ما يسمى في الفقه الإداري بمنافذ التطرق (aissance de voierie) ، وهي منافع تعود على الأملاك المجاورة للطرق العامة بسبب هذا الجوار ، وتشمل المثل والمسيل والنفاذ (٣) . ومن ذلك أيضاً ارتفاعات الري المترتبة

(١) الوسيط ٨ فقرة ٧٤ . (٢) وقد سبق بيان أنه يجوز

ترتيب حقوق ارتفاق لفائدة المال العام ، كحقوق التطرق المتعلقة بالشوارع Voierie ، والحقوق المتعلقة بالأعمال الحربية ، وحق الإدارة في نزع أتربة من الأراضي المجاورة للجسور العامة لحمايتها من غوائل الفيضان (الوسيط ٨ فقرة ٥٨) .

(٣) أنظر Bastid في مقال بمجلة القانون العام سنة ١٩٣٠ ص ٦٠٩ وما بعدها .

Roigad في نظرية الحقوق المينية الإدارية رسالة من تولوز سنة ١٩١٤ ص ٣٥ وما بعدها . محمد زهير جرانة في حق الدولة والأفراد على الأموال العامة سنة ١٩٤٣ ص ٢٣٢ وما بعدها . فالأملاك المجاورة للطريق العام لها حق ارتفاق بالإطلاع عليه وبأن يدخل لها منه النور والهواء . (استئناف مختلط ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢٢) ، ولها حق ارتفاق بمسيل المياه . فيجوز لها أن تصرف في الطريق للعام مياه الأمطار والمياه المنزلية وفقاً لما تقضي به اللوائح الصحية ، ولها حق ارتفاق بالنفاذ من الطريق العام إلى غيره من الطرق والأماكن .

على الترع العامة والمصارف العامة ، فهي ارتفاعات مطابقة للمنفعة العامة التي خصصت لها هذه الترع والمصارف (١) . أن يكون التكليف المراد تقريره على المال العام ليس متعارضا (pas incompatible) مع المنفعة العامة التي خصص لها هذا المال ، وفي هذا الفرض كما في الفرض السابق يجوز ترتيب حق الارتفاق على المال العام (٢) . من ذلك أن يحصل مالك الدار على ممر تحت الطريق العام (passage souterrain) للوصول إلى داره ، وأن يحصل مالك الأرض التي يفصل بين أجزائها ترعة أو سكة حديدية على حق المرور على «الكوبرى» المقام على الترعة أو على «المرلقان» الذي يخترق السكة الحديدية ، وأن يحصل مالك المقهى المجاورة للطريق العام على حق وضع كراسي ملاصقة لمقهاه فوق الرصيف ، وأن يحصل مالك المبنى المجاور لساحل البحر على حق وضع كشك للاستحمام على هذا الساحل .

وليس هناك اتفاق في فرنسا على تكييف التكاليف المتقدمة الذكر بأنها حقوق ارتفاع . وكان القضاء الفرنسي يعتبر مدة طويلة منافذ التطرق حقوق ارتفاع (٣) . ولكنه تحت تأثير أو يرى ورو (٤) تجنب هذا التكييف وآثر أن يصف هذه الحقوق بأنها حقوق ذات طبيعة خاصة (sui generis) (٥) . أما الفقه الفرنسي ، فقد أخذ يجنح إلى القول بأن هذه التكاليف هي حقوق ارتفاع إدارية (servitudes administratives) (٦) .

(١) فالأراضي الزراعية المجاورة للترع العامة والمصارف العامة لها حق الشرب من هذه الترع ، وحق المسيل في هذه المصارف .

(٢) بودر وشوفو فقرة ٧٩٨ .

(٣) نقض فرنسي ٢٢ مارس سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٦ - ١ - ٢٠٦ - ٣ يونيو سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢ - ١ - ٢٦٤ .

(٤) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٤٩ ص ٩٩ - ص ١٠٠ .

(٥) نقض فرنسي ١٥ مارس سنة ١٨٨٧ دالوز ٨٧ - ١ - ٤٤٨ - ٢١ يونيو سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٣ - ٥ - ٥٤ .

(٦) هوريو في القانون الإداري الطبيعة المباشرة ص ٦٢٢ وهامش ٢ - Rigaud - رسالته ص ٢٨٩ وما بعدها وص ٢٠٩ Mestre في تعليقه في سيريه ١٩٠٠ - ٢ - ١٠٩ - وانظر بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٨٨ ص ٨٦٩ - وقارن بودري وشوفو فقرة ٧٩٧ - فقرة ٧٩٨ .

وفي مصر الأمر يختلف ، فقد حسم نص المادة ١٠١٥ مدني سالف الذكر كل خلاف في هذه المسألة ، إذ قضى صراحة كما رأينا بأنه « يجوز الارتفاق على مال عام ... » . فلاشك إذن في أن هذه التكاليف التي تترتب على المال العام والتي تقدم ذكرها هي حقوق ارتفاق إدارية ، بموجب هذا النص الصريح . وحتى في عهد التقنين المدني السابق حيث لم يوجد نص مماثل للمادة ١٠١٥ مدني ، كان جانب من الفقه المصري يقول بذلك (١) ، كما كان يقول به أيضا جانب من القضاء المصري (٢) .

ويترتب على أن هذه التكاليف هي حقوق ارتفاق إدارية نتيجتان هامتان ، أخذ بهما القضاء الفرنسي إذ هو يسلم بأن هذه التكاليف هي حقوق إدارية على كل حال وإن كان يصفها بأنها حقوق ذات طبيعة خاصة : (النتيجة الأولى) لأصحاب حقوق الارتفاق الإدارية هذه أن يحتجوا بها على الغير فيجوز لصاحب الحق أن يطالب الغير بحقه عن طريق دعوى عينية تقابل دعوى الاستحقاق في حالة حق الملكية ، هي دعوى الإقرار بحق الارتفاق (٣) . كما يجوز له أن يرفع دعاوى الحيازة ، لحماية حيازته لحق الارتفاق (٤) . هذا فضلا عن جواز مطالبته بالتعويض بموجب دعوى المسؤولية التقصيرية (٥) أو بموجب ادعائه مدينا في دعوى مخالفات الطريق العام أو برفعه دعوى المخالفة المباشرة (٦) . (النتيجة الثانية) يجوز لجهة الإدارة ، للدواعي من المصلحة العامة ، إلغاء حقوق الارتفاق الإدارية هذه أو تعديلها ، عن طريق

(١) والفقيه الذي ذهب في وضوح ، في عهد التقنين المدني السابق ، إلى أن هذه التكاليف هي حقوق ارتفاق إدارية هو الأستاذ محمد زهير جرائة في كتابه « حق اللولة والأفراد على الأموال العامة » سنة ١٩٤٣ ص ٢٦٥ - ص ٢٦٩ . وانظر مقالا له في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٢٤١ .

(٢) نقض مدني ٢٣ يونيو سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٤٣٤ ص ٢١١ - استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٨٥ - أول مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٣٥ - ٢٥ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٥ (أسباب الحكم) .

(٣) نقض فرنسي ٥ يناير سنة ١٨٦٩ دالوز ٦٩ - ١ - ١٢ - ٢ يونيو سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٥ - ١ - ٤١٨ .

(٤) نقض فرنسي أول أبريل سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٢ - ١ - ٥٠٥ .

(٥) نقض فرنسي أول مايو سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٢ - ١ - ٣١ .

(٦) نقض فرنسي جنائي ٤ فبراير سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٤ - ١ - ٧٤ .

تحويل الطريق العام أو إنهاء تخصيصه للمنفعة العامة أو القيام فيه بأشغال عامة (١). ولكن يجب في هذه الحالة تعويض صاحب الحق عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك ، ويجوز لجهة الإدارة إذا أنهت تخصيص الطريق العام للمنفعة العامة وباعته أن تلزم المشتري باحترام حقوق الارتفاق التي ترتبت على الطريق أو بتعويض أصحاب هذه الحقوق (٢). بل يجوز إلغاء القرار الإداري الذي يلغى هذه الحقوق أو ينقص منها ، إذا كان هذا القرار مخالفا للقانون أو انطوى على تعسف في استعمال السلطة (٣).

٥٥٣ - تقسيمات من الارتفاق : أهم تقسيمات حق الارتفاق ثلاثة :

- (١) الارتفاق المستمر (continue) والارتفاق غير المستمر (discontinue)
- (٢) الارتفاق الظاهر (apparente) والارتفاق غير الظاهر (non apparente)
- (٣) الارتفاق الإيجابي (positive) والارتفاق السلبي (négative) (٤).

٥٥٤ - الارتفاق المستمر والارتفاق غير المستمر : والارتفاق المستمر

هو الارتفاق الذي يستعمل دون تدخل حالي من فعل الإنسان (م ٦٨٨ مدني

(١) نقض فرنسي ٢٥ فبراير سنة ١٨٨٠ دالوز ٨٠ - ١ - ٢٥٥ - مجلس الدولة الفرنسي ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٢ - ٣ - ٧ - وانظر في القضاء المصري : استئناف مصر ٢ مارس سنة ١٩٣٢ المحامة ١٣ ص ١٦٦ - استئناف مخطط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٠ - أول مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٣٥ .

(٢) نقض فرنسي ١٥ أبريل سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٥٢ - مجلس الدولة الفرنسي ٨ أغسطس سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٤ - ٣ - ١ - ١٧ يناير سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ٣ - ٨٨ - وانظر في القضاء المصري : استئناف مخطط ٢٩ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٣ - ٢٥ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٤٦ - أول يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٤٦ - ٢١ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢١٦ .

(٣) مجلس الدولة الفرنسي ١٢ مارس سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١١ - ٣ - ٩٨ - نقض فرنسي جنائي ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ١٤٨ .

(٤) ويوجد تقسيم رابع كانت له أهمية كبيرة في القانون الروماني ، وبعض الأهمية في القانون الفرنسي القديم . ولكنه فقد أهميته الآن ، بعد أن حل محله تقسيم الارتفاق إلى مستمر وغير مستمر . وهذا هو تقسيم الارتفاق إلى ارتفاق لفائدة المباني servitude urbaine ، وارتفاق لفائدة الأراضي servitude rurale . فإذا تقرر ارتفاق لفائدة بناء ، أيا كان هذا البناء في المدن أو في القرى ، فهو ارتفاق لفائدة المباني ، وذلك كما اطل ، وأغلب هذه الارتفاقات ارتفاقات مستمرة . أما إذا تقرر الارتفاق لفائدة أرض ، كالشرب والمجرى والمسيل ، فهو ارتفاق لفائدة الأراضي . أنظر المادة ٦٨٧ مدني فرنسي ، وانظر بودري وشوفو فقرة ١٠٨١ وفقرة ١٠٨٢ ص ٨١٣ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٨٩٦ .

فرنسي) . مثل ذلك الارتفاق بعدم البناء (non aedificandi) ، أو بعدم
تعلية البناء إلى أزيد من حدمعين (non altius tollendi) ، أو بالروئية (paospect)
أو بالمطل (vue) ، أو بالشرب (acqueduc) أو بالمجرى (passage d'eau)
أو بالمسيل (égout) . فهذه كلها ارتفاعات مستمرة ، ومعنى أنها مستمرة أنها
لا تحتاج في استعمالها إلى تدخل حالي من فعل الإنسان (fait actuel de l'homme)
فنها ما لا يحتاج في استعماله إلى فعل الإنسان أصلاً ، وذلك كالارتفاع بعدم البناء أو بعدم
تعلية البناء إلى أزيد من حد معين أو بالروئية ، وسنرى فيما يلي (١) أن هذه
الارتفاعات هي أيضاً ارتفاعات سلبية . ومنها ما يحتاج في استعماله إلى فعل
الإنسان في بداية الأمر ، ولكن متى تم هذا الفعل أصبح استعمال الارتفاق
في غير حاجة إلى فعل حالي من الإنسان وقت مباشرة الاستعمال . فالارتفاع
بالمطل يحتاج في بداية الأمر إلى فعل الإنسان ، كإحداث فتحة في الحائط .
ولكن متى أحدثت هذه الفتحة لم يعد المطل في حاجة إلى فعل الإنسان .
فأدامت الفتحة موجودة فتم استعمال للارتفاع بالمطل . وكذلك الشرب
والمجرى والمسيل ، كل منها في بداية الأمر في حاجة إلى حفر مجرى للمياه .
ولكن متى حفر هذا المجرى فالماء يجري فيه أو يسيل منه دون حاجة إلى فعل
الإنسان (٢) .

والارتفاع غير المستمر هو ، كما رأينا ، ما يحتاج في استعماله إلى التدخل

(١) أنظر فقرة ٥٥٦ .

(٢) بودري وشوفو فقرة ١٠٨٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص ٨٧٦ -
ويتبين من ذلك أن لاستمرار الارتفاق معنى غير استمرار الحياة ، فالحياة تكون مستمرة
إذا لم تنقطع ، أما الارتفاق فيكون مستمراً إذا لم يحتاج في استعماله إلى تدخل فعلي من عمل الإنسان
(مازو فقرة ١٧١٣ ص ١٣٥٤) . وعلى ذلك يكون الارتفاق مستمراً حتى لو لم يستعمل على
الدوام ، فالشرب مثلاً وهو ارتفاع قد لا يستعمل في كل الأوقات ، ولكنه عندما يستعمل
لا يتدخل في استعماله فعل الإنسان . وصرف مياه المنجم ، تفسخها المضخات نهائياً وليلا دون
انقطاع ، وهو ارتفاع غير مستمر ، يبقى مستملاً على الدوام ، ولكنه في استعماله يحتاج إلى فعل
الإنسان . فالأمر إذن ليس في دوام الاستعمال أو عدم دوامه حتى يكون الارتفاق مستمراً
أو غير مستمر ، بل في حاجة الاستعمال إلى فعل الإنسان وإن كان لا يدوم فيكون الارتفاق
مستمراً ، أو في حاجته إلى فعل الإنسان وإن كان يدوم فيكون الارتفاق غير مستمر (بلانيول
وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص ٨٧٦) .

الحالى لفعل الإنسان . مثل ذلك الارتفاق بالمرور (passage) ، والارتفاق باغتراف المياه (puisage) ، والارتفاق باستخراج الأحجار وغيرها من المواد (extraction de matériaux) ، والارتفاق برعى المواشى (pacage) ، فهذه كلها ارتفاقات غير مستمرة (١) . فالارتفاق غير المستمر يقتضى إذن لاستعماله قيام مالك العقار المرتفق بعمل إيجابى فى العقار المرتفق به : يمر فى الطريق أو يغترف المياه أو يستخرج الأحجار أو يرعى الغنم . فاذا لم يتم بهذا العمل الإيجابى ، فالارتفاق لا يكون مستعملاً ولا تظهر فائدته (٢) .

وتقسيم الارتفاق إلى مستمر وغير مستمر لم يخل من انتقاد الفقه الفرنسى ، ويتشكك بعض الفقهاء فى صلاية التقسيم (٣) وفى فائدته . ومهما يكن من أمر ، فإن أهم فائدة لهذا التقسيم ، وهى أن الارتفاق المستمر وحده هو الذى يمكن كسبه بالتقادم ، قد نبذها التقنين المدنى المصرى الجديد ، فى هذا التقنين يمكن كسب الارتفاق غير المستمر كالارتفاق بالمرور بالتقادم مادام ظاهراً كما منرى (م ١٠١٦ / ٢ مدنى) .

(١) فالارتفاق بالمرور يقتضى لاستعماله فعل الإنسان ، ولا يكتفى الفعل المبدئى الذى عبد الطريق للمرور ، بل يجب أن يمر الإنسان فعلاً من الطريق . وإذا فتح طريق للمرور ، فهما بقى هذا الطريق مفتوحاً مبدأً فإن هذا لا يكتفى لاستعمال حق المرور ، ولا يستعمل هذا الحق إلا إذا قام إنسان فعلاً بالمرور من هذا الطريق (بودرى وشوفو فقرة ١٠٨٣) . وهذا هو أيضاً شأن الارتفاق باغتراف المياه فلا بد من أن يغترف الإنسان المياه فعلاً ، وشأن الارتفاق باستخراج الأحجار فلا بد من أن يستخرجها الإنسان فعلاً ، وشأن الارتفاق برعى المواشى فلا بد من أن يقوم الإنسان فعلاً برعيها .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص ٨٧٧ - ويبقى الارتفاق غير مستمر حتى لو وضعت له علامة ظاهرة تستمر على نحو دائم ، كأن يرصف الطريق الذى يستعمل فى الارتفاق بالمرور ، أو يقام على جانبيه ما يحددهما تحديداً ظاهراً ، أو يفتح له باب يعين بدايته (أوبرى ورو فقرة ٢٤٨ ص ٩٦ - بودرى وشوفو فقرة ١٠٨٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص ٨٧٧) . وفى هذه الحالة يكون الارتفاق غير مستمر وارتفاقاً ظاهراً فى وقت واحد كما سياتى .

(٣) فتلا لايرى بودرى وشوفو فرقاً محسوساً بين ارتفاق مستمر كارتفاق بالمطل بعلامته الظاهرة من نافذة تطل على الجار ، وبين ارتفاق غير مستمر كارتفاق بالمرور بعلامته للظاهرة من باب يعين بداية الطريق ، فكلاهما يحتاج إلى تدخل الإنسان ليطل من النافذة أو ليمر فى الطريق (بودرى وشوفو فقرة ١٠٨٤ ص ٨١٤ وقرة ١١٠٩) .

٥٥٥- الارتفاق الظاهر والارتفاق غير الظاهر : والارتفاق الظاهر ، كما عرفت المادة ٦٨٩ من التقنين المدني الفرنسي ، هو ارتفاق ينبيء عن وجوده أعمال خارجية ، كباب أو نافذة أو مجرى (١) . والارتفاق غير الظاهر هو ارتفاق ليست له علامة خارجية تتم عن وجوده ، وذلك مثلا كالارتفاق بعدم البناء أو الارتفاق بعدم تعلية البناء إلى أزيد من حد معين .

ويتبين من ذلك أنه في حين أن تقسيم الارتفاق إلى مستمر وغير مستمر تقسيم يرجع إلى طبيعة الارتفاق في ذاته ، فإن تقسيمه إلى ظاهر وغير ظاهر لا يرجع إلى طبيعة الارتفاق ، بل إلى أمر خارجي عارض هو أن تكون له علامة ظاهرة أو ليست له هذه العلامة . وعلى ذلك قد يكون الارتفاق الواحد ظاهرا إذا دلت على وجوده علامة خارجية ، وقد يكون غير ظاهر إذا لم توجد علامة خارجية تدل على وجوده . فالارتفاق بالمرور يكون ظاهرا إذا كان له طريق معين مرصوف أو باب يقام في بدايته ، ويكون غير ظاهر إذا كان الطريق غير محدد بعلامة خارجية ولا يتميز من سائر الأرض التي يسار فيها . والارتفاق بالشرب يكون ظاهرا إذا كان له مجرى محفور يشق الأرض وتجري فيه المياه ، ويكون غير ظاهر إذا كان الماء يجري في أنابيب مدفونة في باطن الأرض لا تراها الناس (٢) . على أن طبيعة الارتفاق قد تساعد على أن يكون ظاهرا في العادة ، وذلك كالارتفاق بالمطل فانه يصعب تصور وجود هذا الارتفاق دون علامة ظاهرة تتم عن وجوده كنافذة أو شرفة أو « بلكون » أو أية خارجة أخرى . وقد تقضي طبيعة الارتفاق بأن يكون غير ظاهر دائما . وذلك كالارتفاق بعدم البناء (٣) .

(١) فالظهور في حق الارتفاق أخص من الظهور في الحيازة ، إذ أن الحيازة الظاهرة لا يشترط فيها أن تكون لها علامة ظاهرة . فيصح إذن أن حق الارتفاق غير الظاهر ، وهو الذي ليست له علامة ظاهرة ، تكون حيازته مع ذلك حيازة ظاهرة .

(٢) استئناف مختلط ٥ يونيو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٠٦ .

(٣) هذا والعلامة الظاهرة التي تتم عن حق الارتفاق قد تكون في العقار المرتفق كما في الارتفاق بالمطل ، فان النافذة وهي العلامة الظاهرة توجد في حائط العقار المرتفق . وقد تكون هذه العلامة في العقار المرتفق به كما في الارتفاق بالمجرى فان القناة التي تجري فيها المياه تحفر في الأرض المرتفق بها ، وكما في الارتفاق بالمرور فان العلامة الظاهرة للطريق توجد في العقار المرتفق به . فيختلف الأمر إذن باختلاف ماهية الارتفاق ، والعلامة الظاهرة توجد حيث يستعمل حق الارتفاق (بودزي وشوفو فقرة ١١٠١ ص ٨٣١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٣) .

ولم يكن تقسيم الارتفاق إلى ظاهر وغير ظاهر معروفا أصلا في القانون الروماني . وقد بدأ يعرف في القانون الفرنسي القديم ، وتدرج شيئا فشيئا ، حتى أصبح شائعا في القرن الثامن عشر . وكان فقهاء هذا العصر يقابلون ما بين الارتفاقات المستترة الخفية (latentes ou cachées) والارتفاقات المرئية أو الظاهرة (patentes, visibles ou apparentes) ، ولكن التقسيم بقي مع ذلك مختلطا بتقسيم الارتفاق إلى مستمر وغير مستمر . والتقنين المدني الفرنسي هو الذي ميز في وضوح ما بين التقسيمين ، وبين أن كلا منهما مستقل عن التقسيم الآخر ، ولا يختلط به . فقد يكون الاتفاق المستمر ظاهرا كالارتفاق بالمطل ، وقد يكون غير ظاهر كالارتفاق بالمرور إذا كانت له علامة ظاهرة ، وقد يكون غير ظاهر كالارتفاق بالمرور إذا لم تكن له علامة ظاهرة وكالارتفاق باغتراف المياه والارتفاق برعى المواشي (١) .

٦ ٥٥ - الارتفاق الإيجابي والارتفاق السلبي : وهنا يرجع التقسيم إلى مضمون حق الارتفاق . فإن كان هذا المضمون يجعل لمالك العقار المرتفق الحق في القيام بأعمال إيجابية في العقار المرتفق به ، كالارتفاق بالمرور والارتفاق برعى المواشي والارتفاق باغتراف المياه والارتفاق بالشرب أو المجرى أو المسيل ، فالارتفاق يكون ارتفاقا إيجابيا . أما إذا كان مضمون حق الارتفاق يقتصر على منع مالك العقار المرتفق به من القيام بأعمال في عقاره كان له الحق في القيام بها لولا وجود حق الارتفاق ، كالارتفاق بعدم البناء والارتفاق بعدم تعلية البناء إلى أزيد من حد معين والارتفاق بالروية (prospect) ، فالارتفاق يكون ارتفاقا سلبيا .

والارتفاق الإيجابي إما أن يكون مستمرا كالارتفاق بالشرب أو المجرى أو المسيل ، أو غير مستمر كالارتفاق بالمرور والارتفاق برعى المواشي والارتفاق باغتراف المياه . وقد يكون ظاهرا كالارتفاق بالمرور أو بالشرب إذا كان للارتفاق علامة خارجية ظاهرة ، وقد يكون غير ظاهر كالارتفاق

(١) بودري وشوفو فقرة ١٠٩١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٩ - مارتى

ورينو فقرة ١٤٦ ص ١٦٧ - ص ١٦٨ .

يرعى المواشى والارتفاق باغتراف المياه ، وكالارتفاق بالمرور أو بالشرب إذا لم يكن للارتفاق علامة خارجية ظاهرة .
أما الإرتفاق السلبي ، فهو دائما ارتفاق مستمر غير ظاهر (١) .

٥٥٧ - استبعاد القيود القانونية الواردة على حق الملكية من نطاق حق

مدرستان : ونحن في بحث حق الارتفاق نستبعد من نطاق هذا الحق القيود القانونية الواردة على حق الملكية ، وهي التي تسمى في كثير من الأحيان بحقوق الارتفاق القانونية . ذلك أن حق الارتفاق هو كما رأينا حق يترتب على عقار لفائدة عقار آخر ، فيخرج بكل من العقار المرتفق به والعقار المرتفق عن النظام المؤلف لحق الملكية . فما تقرر من قيود غير القيود التي تعتبر هي التنظيم العام لحق الملكية ، فخرج بالملكية عن حدود هذا التنظيم العام ، فهو حق ارتفاق . أما تلك القيود التي فرضها القانون ، كقيود الجوار والرى والصرف بين الجيران من شرب ومجرى ومسيل ووضع الحدود وحق المرور وحق فتح للمطلات والمناور ، هذه القيود التي فرضها القانون والتي تمثل التنظيم العام المؤلف لحق الملكية ليست بحقوق ارتفاق . فحق الارتفاق في معناه الصحيح هو خروج عن التنظيم العام المؤلف لحق الملكية ، في حين أن هذه القيود القانونية ليست خروجاً عن التنظيم العام المؤلف ، بل هي ذاتها التنظيم العام المؤلف لحق الملكية (٢) . وقد سبق ، عند بحثنا لهذه القيود القانونية ، أن رتبنا نتائج هامة على أن هذه القيود ليست بحقوق ارتفاق بالمعنى الصحيح ، وذكرنا النتيجة الآتيتين :

(النتيجة الأولى) إذا باع شخص عقارا مملوكا له ، وضمن للمشتري خلوه من حقوق ارتفاق ، ثم تبين أن هناك قيودا قانونية ترد على العقار المبيع من نحو حق شرب أو مجرى أو مسيل أو من نحو حق مطل أو حق مرور ، فإن هذه القيود لا يضمنها البائع لأنها ليست بحقوق ارتفاق كما قدمنا ، بل هي التنظيم الطبيعي المؤلف لحق الملكية . ولم يقصد البائع من ضمانه خلوه العقار من حقوق ارتفاق أن يضمن خلوه العقار من هذه القيود ،

(١) بودرى وشوفو ققرة ١٠٩٢ .

(٢) أوبرى ورو ٢ ققرة ١٩٤ ص ٢٨١ - الوسيط ٨ ققرة ٣٩٣ ص ٦٣٨ - ص ٦٣٩ .

فهي قيود فرضها القانون وعلى المشتري أن يعرف ذلك . وإنما قصد البائع أن يضمن خلو العقار من حق ارتفاق فرضه الاتفاق أو مصدر آخر غير القانون ، وخرج به عن حدود التنظيم العام لحق الملكية . فلو ضمن البائع خلو المبيع من حق ارتفاق بالمطل مثلا ، فهو لا يضمن بذلك خلو المبيع من المطل القانوني إذ أن هذا ليس بحق ارتفاق بل هو قيد قانوني على الملكية . وإنما يضمن للمشتري خلو المبيع من حق ارتفاق بالمطل فرضه الاتفاق أو كسب بالتقادم ، وهو أن يفتح الجار مطلا على مسافة أقل من المسافة القانونية .

(النتيجة الثانية) لا تزول هذه القيود القانونية بعدم الاستعمال ، لأنها قيود دائمة ترد على حق الملكية وتندوم بدوام هذا الحق . ولو كانت هذه القيود حقوق ارتفاق حقيقية ، لزالَت بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة . فلو أن لملك عقار حق الشرب من مسقاة في العقار المجاور وتوافرت الشروط القانونية لوجود هذا الحق ، ولكنه أعرض عن المطالبة به واستعماله مكتفيا بحفر بئر ارتوازية في أرضه ، وبقي كذلك مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ثم أراد استعمال حقه في الشرب من مسقاة الجار ، لجاز له ذلك ، ولما صح الاعتراض عليه بأنه لم يستعمل هذا الحق مدة خمس عشرة سنة فسقط الحق بعدم الاستعمال . كذلك لا تكسب هذه القيود بالتقادم المكسب ، لأن الإفادة منها تعتبر رخصة من المباحات ، فلا تصلح حيازة مكسبة لارتفاق بالتقادم . فلو أن أرضا محبوسة عن الطريق العام استعمل صاحبها حقه في المرور من أرض الجار ، وبقي مستعملا لهذا الحق مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، ثم زال انحباس الأرض ، لزال بزواله حق صاحب الأرض في المرور ، ولم يكن لصاحب الأرض أن يدعى أنه كسب حق المرور القانوني بالتقادم (١) . ولو كان حق المرور اتفاقيا ، لملكه بالتقادم المكسب (٢) .

والفقه ، في فرنسا وفي مصر ، منقسم في هذه المسألة . ففي فرنسا ،

(١) الوسيط ٨ فقرة ٤٦٧ .

(٢) أنظر في كل ذلك الوسيط ٨ فقرة ٣٩٣ ص ٦٣٩ - ص ٦٤٠ - إسماعيل غانم

ص ٢٣ - ص ٢٤ .

يذهب بعض الفقهاء إلى أن هذه القيود هي حقوق ارتفاق قانونية (١) . ويذهب بعض آخر إلى التمييز بين القيود المقررة للمصلحة العامة والمقررة للمصلحة الخاصة وتكون متعلقة بالمياه ووضع الحدود والتحويط والحائط المشترك وهذه كلها قيود قانونية ترد على حق الملكية وليست بحقوق ارتفاق ، وبين القيود الأخرى وبخاصة حق المرور فهذه ذات طبيعة مختلطة تجمع بين معنى القيد ومعنى حق الارتفاق (٢) ، ولكن الغالبية من الفقهاء يذهبون إلى أن كل هذه القيود إنما هي قيود قانونية ترد على حق الملكية ، وليست بحقوق ارتفاق (٣) ، وفي مصر كذلك ، تذهب القلة من الفقهاء إلى أن هذه القيود القانونية هي حقوق ارتفاق حقيقية (٤) ، أو إلى أن بعض هذه القيود (ارتفاقات المياه والمرور) تعتبر حقوق ارتفاق حقيقية وبعضها ليست إلا مجرد قيود قانونية ترد على حق الملكية (٥) . أما الكثرة من الفقهاء في مصر فتأخذ بالرأى الصحيح ، وتعتبر أن هذه القيود جميعا إنما هي قيود قانونية ترد على حق الملكية ، وليست بحقوق ارتفاق ، وهذا هو الرأى الذى سار عليه التقنين المدنى الجديد وخالف فيه التقنين المدنى السابق (٦) .

-
- (١) بردرى وشوفو فقرة ٨٠٨ ، ومع ذلك أنظر فقرة ١٠٧٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٠٥ ص ٨٨٤ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٣٦٧٨ .
- (٢) بيدان وفوران ٤ فقرة ٥٦٢ وما بعدها - مارتى ورينو فقرة ١٤٤ وفقرة ١٤٤ مكررة (ويميزان بين التكاليف ذات النفع الخاص وهي حقوق ارتفاق ، والتكاليف ذات النفع العام وليست بحقوق ارتفاق) - كاربونيه ص ١٨٤ - ص ١٨٥ .
- (٣) ديمولومب ١١ فقرة ٨ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨١ وهامش ١ - جوسران ١ فقرة ١٩٦٨ - دى باج ٥ فقرة ٩٤٢ - مازو فقرة ١٧٠٦ وانظر أيضاً فقرة ١٣٨٢ - وقرب كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠٠٥ ص ٨٠٥ .
- (٤) شفيق شحاتة فقرة ٣٣٠ ، ومع ذلك أنظر فقرة ٣٣٠ ص ٣٢٥ وهامش ٣ حيث يورد حكم محكمة استئناف مصر فى ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ المحامة ١٦ رقم ١٦٨ ص ٣٧٦ فى المعنى العكسى .
- (٥) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٧٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ٣٩ ص ٩٦ - ص ٩٧ ، ومع ذلك أنظر ص ٩٧ .
- (٦) محمد كامل مرمى ٢ فقرة ٣٧٣ - محمد على عرفة فقرة ١٨٩ ص ٢٣٩ - ص ٢٤٠ - إسماعيل غانم جزء أول فقرة ٤٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٢ - حسن كيرة فقرة ٦٤ - وانظر الوسيط ٨ فقرة ٣٩٣ .

٥٥٨ - ما أدخله التقنين المدني الجديد من تعديلات على التقنين المدني

السابق في خصوص حق الارتفاق : أهم ما استحدثه التقنين المدني الجديد من التعديلات في هذا الخصوص هو أنه ميز تمييزاً واضحاً ما بين حق الارتفاق بمعناه الصحيح وهو قيد يخرج بالعقار عن التنظيم العام المألوف في حق الملكية ، وبين قيود الملكية التي يفرضها القانون وهي قيود تمثل هذا التنظيم العام المألوف ، وذلك على النحو الذي بسطناه فيما تقدم (١) .

وأكمل التقنين المدني الجديد أسباب كسب حق الارتفاق ، فأضاف إلى هذه الأسباب تخصيص المالك الأصلي (م ١٠١٧ مدني) ، وكان هذا السبب على أهميته مسكوتاً عنه في التقنين المدني السابق . واستحدث تعديلاً هاماً في كسب حق الارتفاق بالتقادم ، فلم يشترط إلا أن يكون حق الارتفاق ظاهراً حتى يجوز كسبه بالتقادم ، وبذلك استبعد شرط الاستمرار ، ونص صراحة على أن حق المرور ، وهو حق ارتفاق غير مستمر ، يجوز كسبه بالتقادم متى كان ظاهراً (م ١٠١٦ / ٢ مدني) . وحسم خلافاً كان قائماً في عهد التقنين المدني السابق في طبيعة القيود التي تفرضها عادة شركات الأراضي على المالك عند إقامة بناء في الأرض التي اشتراها من الشركة ، فقرر أن هذه القيود تعتبر في الأصل حقوق ارتفاق لفائدة العقارات المجاورة ، وأن الضرر الذي ينشأ عن مخالفة هذه القيود يمكن المطالبة باصلاحه عينا ، إلا إذا تبين أن الحكم بالتعويض جزاء عادل فيه الكفاية (م ١٠١٨ مدني) .

وأدخل مرونة كبيرة في استعمال حق الارتفاق ، فأجاز تعديل هذا الحق أو نقله إلى عقار آخر أو زواله ، إذا كان ذلك يدفع الضرر عن العقار المرتفق به دون أن يصيب العقار المرتفق بخسارة جسيمة . وأجاز أيضاً إنهاء حق

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٧ - كان التقنين المدني السابق ، ناهجاً في ذلك نهج التقنين المدني الفرنسي ، يخلط ما بين حقوق الارتفاق والقيود التي ترد على حق الملكية ، فيعتبر هذه القيود حقوق ارتفاق حقيقية ، ويدرجها مع حقوق الارتفاق التي يرتبها العقد ، كما فعل التقنين المدني الفرنسي . ولذلك كانت هذه القيود يطلق عليها ، في عهد التقنين المدني السابق ، اسم حقوق الارتفاق القانونية ، وتعتبر حقوق ارتفاق مصدرها القانون بدلاً من أن يكون مصدرها العقد .

الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن معها استعمال هذا الحق ، أو إذا لم يعد للارتفاق المنفعة التي كانت له (١) .

٥٥٩ - قطة المبحث : ونبحث حق الارتفاق في فصول ثلاثة :
(١) أسباب كسب حق الارتفاق . (٢) الآثار التي تترتب على قيام حق الارتفاق . (٣) أسباب انتهاء حق الارتفاق .

الفصل الأول

أسباب كسب حق الارتفاق

٥٦٠ - نص قانوني : تنص المادة ١٠١٦ مدني على ما يأتي :

- ١ - « حق الارتفاق يكسب بعمل قانوني أو بالمراث » .
- ٢ - « ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة ، بما فيها حق المرور » (٢) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري م ٩٦١ - ٩٦٢ - وفي التقنين المدني الليبي م ١٠١٩ . وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٧٢ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٥٧ - ٥٨ (٣) .

(١) أنظر في كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢١ - ص ٦٢٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٨٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٠ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٩٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠١٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٥ - ص ٦٢٧) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٦١ : ينتج الارتفاق إما من الوضعية الطبيعية للأماكن ، وإما من التزامات مفروضة بالقانون ، وإما من اتفاقات معقودة بين ملاك المقارات .

م ٩٦٢ : ١ - خلافاً للنصوص المتعلقة بالسجل العقارى تعلّى من الشهر حقوق الارتفاق الناتجة عن الوضعية الطبيعية للأماكن وعن الالتزامات المفروضة بالقانون . ٢ - يد أن الارتفاق المختص بحق المرور العائد لأرض محاطة بأرض أخرى يمكن تحديده بوضوح ، بناء على طلب مالك العقار المرتفق به .

ويجب أن نميز تمييزاً دقيقاً بين كسب حق الارتفاق انتقالاً وبين كسبه ابتداءً .

٥٦١ - كسب حق الارتفاق انتقالاً : وهنا يختلف حق الارتفاق عن حق الانتفاع . فعندما بحثنا حق الانتفاع انتقالاً (١) ، كان مفروضاً أن حق الانتفاع قد تم إنشاؤه وأنه ينتقل استقلالاً من شخص إلى شخص آخر . أما حق الارتفاق فلا يتصور ، بعد أن يتم إنشاؤه ، أن ينتقل استقلالاً من شخص إلى شخص آخر . وإنما هو ينتقل بالضرورة مع العقار المرتفق وتبعاً له ، لأنه حق تابع كما سبق القول (٢) . فكسب حق الارتفاق انتقالاً إذن إنما يتم بنفس الأسباب التي يتم بها كسب ملكية العقار المرتفق ، فأينما تنتقل ملكية هذا العقار ينتقل معها حق الارتفاق .

وعلى ذلك لا توجد أسباب خاصة لكسب حق الارتفاق انتقالاً . بل هي نفس الأسباب التي تنتقل بها ملكية العقار المرتفق . فالعقار الذي تقرر لفائده حق ارتفاق تنتقل ملكيته بالميراث والوصية والعقد والشفعة والتقادم ، وقد استبعدنا الاستيلاء لأن الملكية تكسب به ابتداءً ، واستبعدنا الالتصاق لأنه لا يتصور فيما نحن بصددده . وكذلك ينتقل حق الارتفاق المقرر لفائدة هذا العقار بالأسباب نفسها ، فإذا انتقل العقار بالميراث انتقل معه حق الارتفاق بالميراث أيضاً ، أو انتقل بالوصية أو العقد أو الشفعة أو التقادم انتقل معه حق الارتفاق بأي سبب من هذه الأسباب .

(والتقنين المدني السوري يحارى قانون الملكية العقارية اللبناني والتقنين الفرنسي ، ويدخل ضمن حقوق الارتفاق القيود القانونية الواردة على حق الملكية . ولا يورد النص السوري من بين أسباب كسب حق الارتفاق التقادم ولا تخصيص المالك الأصل) .

التقنين المدني الليبي م ١٠١٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٧٢ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٥٧ (مطابقة للمادة ٩٦١ مدني سوري ، والنص السوري

مأخوذ من هذه المادة) .

م ٥٨ (موافقة للمادة ٩٦٢ مدني سوري ، والنص السوري مأخوذ من هذه المادة) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٨٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٠ .

ولا يعنينا هنا أن نبحث هذه الأسباب ، فقد سبق بحثها عند الكلام في أسباب كسب الملكية . والذي يعنينا هو بحث أسباب كسب حق الارتفاق ابتداء ، لا أسباب كسبه انتقالا .

٥٦٢ - كسب من الارتفاق ابتداء : والمفروض في كسب حق الارتفاق ابتداء أن هذا الحق لم ينشأ بعد ، والمقصود هو بحث الأسباب التي تنشئه . فالأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق ابتداء هي إذن نفس الأسباب التي تنشئ هذا الحق .

وإذا استعرضنا أسباب كسب الملكية لئرى ما ينطبق منها على حق الارتفاق ، وجب استبعاد الاستيلاء والالتصاق لاستحالتهما ، ووجب أيضاً استبعاد الميراث والشفعة لأنهما سيان لكسب حق الارتفاق انتقالا ، لا لكسبه ابتداء . ويبقى بعد ذلك الوصية والعقد - أى التصرف القانوني - والتقادم ، فهذه هي الأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق ابتداء ، أى الأسباب التي تنشئه . ويدخل في هذه الأسباب تخصيص المالك الأصلي ، فسرى أنه يقوم على اتفاق ضمني ، أى على تصرف قانوني .

وقد حددت المادة ١٠١٦ مدني ، فيما رأينا (١) ، هذه الأسباب ، فذكرت العمل القانوني (أى التصرف القانوني) والتقادم ، ويجب استكمالها بتخصيص المالك الأصلي وقد ورد في المادة ١٠١٨ فيما سئرى - غير أن المادة ١٠١٦ ذكرت أيضاً ، إلى جانب هذه الأسباب ، الميراث ، وذكر الميراث هنا غير دقيق لأنه سبب لكسب حق الارتفاق انتقالا لا ابتداء (٢) . فالواجب إذن قصر المادة ١٠١٦ على أسباب كسب حق الارتفاق ابتداء ، لأن كسبه انتقالا لا يعنينا كما سبق القول ، وحذف الميراث من بين الأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق ابتداء (٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٦٠ .

(٢) وإذا كان المراد تعداد الأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق ابتداء ، فإن الميراث لا يدخل ضمن هذه الأسباب ، لأنه كما قدمنا سبب لكسب حق الارتفاق انتقالا لا لكسبه ابتداء . أما إذا كان المراد تعداد جميع الأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق ، ابتداء كان ذلك أو انتقالا ، فلماذا لم يورد النص الشفعة ضمن هذه الأسباب ، وهي كالميراث يكسب بها حق الارتفاق انتقالا ؟

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٦٢٨ .

وتكون الأسباب التي يكسب بها حق الارتفاق ابتداءً إذن ، أو الأسباب التي تنشئ حق الارتفاق ، هي : (١) التصرف القانوني ، أي العقد والوصية . (٢) تخصيص المالك الأصلي ، وقد قلنا أنه اتفاق ضمني فيلحق بالتصرف القانوني . (٣) التقادم المكسب .

المبحث الأول

التصرف القانوني

(acte juridique)

٥٦٣ - مسألتان : نبحث في هذا الصدد : (١) أنواع التصرف القانوني الذي ينشئ حق الارتفاق . (٢) الحدود التي يقف عندها التصرف القانوني في إنشاء حق الارتفاق .

المطلب الأول

أنواع التصرف القانوني الذي ينشئ حق الارتفاق

٥٦٤ - العقر والوصية : التصرف القانوني الذي ينشئ حق الارتفاق إما أن يكون اتفاقاً صادراً من الجانبين وهذا هو العقد ، أو أن يكون إرادة منفردة صادرة من جانب واحد وهذه هي الوصية . والعقد هو السبب المألوف لكسب حق الارتفاق ابتداءً ، وهو الذي يلجأ إليه عادة مالكا العقار المرتفق والعقار المرتفق به لإنشاء حق ارتفاق على العقار الثاني لفائدة العقار الأول . أما الوصية فنادرة الوقوع . والأسباب الأخرى لإنشاء حق الارتفاق ، وهي تخصيص المالك الأصلي والتقادم ، هي أيضاً أقل وقوعاً من العقد . والوصية تصرف قانوني واحد لا يتنوع ، وتصدر من الموصي وهو مالك العقار المرتفق به ، يرتب بموجبها حق ارتفاق على عقاره لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق . ويكون مالك هذا العقار المرتفق هو الموصي له . أما العقد الذي ينشئ حق الارتفاق فيتنوع . وهو إما عقد معاوضة أو عقد تبرع . وعلى رأس عقود المعاوضة التي تنشئ حق الارتفاق البيع ، وبه ينشئ مالك العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، في مقابل ثمن من النقود . ويكون مالك العقار المرتفق به هو

البائع ، ومالك العقار المرتفق هو المشتري ، والشئ المبيع هو حق الارتفاق ..
وقد يكون عند المعاوضة الذي ينشئ حق الارتفاق معاوضة . فيصح مثلاً أن .
يرتب مالك العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر هو
العقار المرتفق ، في مقابل أن يرتب مالك العقار المرتفق حق ارتفاق على
عقاره لفائدة العقار المرتفق به ، فيكون كل من العقارين عقارا مرتفقاً وعقاراً
مرتفقاً به . مثل ذلك أن يرتب كل من المالكين حق مرور على عقاره لفائدة
العقار الآخر ، فيكون لكل من العقارين حق ارتفاق بالمرور في العقار الآخر .
ويصح أيضاً أن يرتب مالك العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار
آخر هو العقار المرتفق ، في مقابل أن يرتب مالك العقار المرتفق على هذا العقار
أو على عقار آخر يملكه حق انتفاع لمصلحة مالك العقار المرتفق به يدوم طول حياة
المنتفع . وقد تكون المعاوضة ترتيب حق ارتفاق على عقار ، في مقابل نقل
ملكية عقار أو منقول لصاحب العقار المرتفق به . ومن عقود المعاوضة التي
تنشئ حق الارتفاق الوفاء بمقابل ، فيصح أن يرتب صاحب العقار المرتفق
به على عقاره حق ارتفاق لفائدة حق عقار آخر هو العقار المرتفق ، وفاء
لدين في ذمة صاحب العقار المرتفق به لصاحب العقار المرتفق . وهكذا
تتنوع عقود المعاوضة التي تنشئ حق الارتفاق .

أما عقد التبرع الذي ينشئ حق الارتفاق فهو الهبة ، فيرتب صاحب العقار
المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، وذلك دون
مقابل . فيكون صاحب العقار المرتفق به هو الواهب ، وصاحب العقار
المرتفق هو الموهوب له ، والشئ الموهوب هو حق الارتفاق .

وفي كل ما قدمناه يكون التصرف القانوني سبباً لكسب حق الارتفاق
بطريق الإنشاء (par voie de constitution) . وقد يكون التصرف القانوني ،
كما في حق الانتفاع ، سبباً لكسب حق الارتفاق بطريق الاحتفاظ بهذا الحق .
(par voie de rétention) . فيبيع مثلاً مالك العقار عقاره لشخص ،
ويحتفظ في عقد البيع بحق ارتفاق يرتب على العقار المبيع لفائدة عقار آخر
يملكه البائع .

والتصرف القانوني أياً كان ، عقد معاوضة أو عقد تبرع أو وصية ، ينشئ حق الارتفاق من أى تقسيم كان . فينشئ حق الارتفاق المستمر كحق الشرب ، كما ينشئ حق الارتفاق غير المستمر كحق المرور . وينشئ حق الارتفاق الظاهر كحق المثل ، كما ينشئ حق الارتفاق غير الظاهر كحق رعى المواشى . وينشئ حق الارتفاق الإيجابي كحق اغتراف المياه ، كما ينشئ حق الارتفاق السلبي كالحق في عدم البناء (١) . أما للأسباب الأخرى التى تنشئ حق الارتفاق ، وهى تخصيص المالك الأصلي والتقدم ، فلا تنشئ من حقوق الارتفاق إلا ما كان ظاهراً ، فلا تنشئ حق الارتفاق غير الظاهر ، ولا تنشئ حق الارتفاق السلبي لأنه يكون دائماً غير ظاهر كما سبق القول (٢) .

٥٦٥ - الامطام السكايّة للتصرف القانونى : وتجب مراعاةالأوضاع

الشكلية اللازمة للتصرف القانونى الذى ينشئ حق الارتفاق . فاذا كان هذا التصرف القانونى وصية أو هبة ، وجب إفراغه فى الشكل الذى يتطلبه القانون . أما إذا كان التصرف عقد معاوضة كالبيع ، فلا يلزم لانعقاده شكل خاص .

وتسرى فى إثبات التصرف القانونى الذى ينشئ حق الارتفاق القواعد العامة المقررة فى الإثبات . فاذا كانت قيمة حق الارتفاق تزيد على عشرة جنيهات ، فلا يثبت التصرف القانونى إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها أو بالإقرار أو باليمين . وإذا لم تزيد قيمة حق الارتفاق على عشرة جنيهات ، وهذا نادر ، جاز إثبات التصرف القانونى بجميع طرق الإثبات ، ويدخل فى ذلك البيئة والقرائن .

٥٦٦ - الامطام الموضوعية للتصرف القانونى : وتسرى القواعد

العامة أيضاً فى الأحكام الموضوعية التى يخضع لها التصرف القانونى المنشئ لحق الارتفاق .

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٤ ص ٨٢٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٠

ص ٩٢٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٦ .

فإذا كان هذا التصرف وصية ، سرت أحكام الوصية من حيث وجوب توافر شروط الصحة في الموصى له وفي الموصى به (١) ، ومن حيث جواز رجوع الموصى عن الوصية (٢) ، ومن حيث جواز قبول الموصى له للوصية ورده إياها (٣) ، ومن حيث جواز الوصية بالثلث للوارث وغيره (٤) ، وتسرى كذلك الأحكام الموضوعية الأخرى .

ولإذا كان التصرف المنشئ لحق الارتفاق عقداً ، معاوضة أو تبرعاً ، سرت الأحكام الموضوعية التي تخضع لها عقود المعاوضة أو عقود التبرع ، والمتعاقدان هما من يرتب حق العقار ومن يرتب له هذا الحق .

فمن يرتب حق الارتفاق يجب أن يكون المالك للعقار المرتفق به . ويجب أن يكون أهلاً للتصرف إذا كان عقد معاوضة ، أو أهلاً للتبرع إذا كان العقد تبرعاً . ويجوز أن يكون مالكا في الشيوع للعقار المرتفق به ، وفي هذه الحالة يجب رضا سائر الملاك في الشيوع لأنه لا يجوز ترتيب حق ارتفاق على جزء شائع في العقار ، بل يجب أن يكون حق الارتفاق مترتباً على العقار الشائع في مجموعه ، ويجب لذلك اتفاق جميع الملاك في الشيوع (٥) . ولما كان حق الارتفاق يجوز تعليقه على شرط كما سيأتي ، فإنه يجوز لشخص أن يرتب حق ارتفاق على عقار لم يملكه بعد ، ويعلق الحق على شرط واقف هو أن يملك هذا العقار (٦) . كذلك يجوز ترتيب حق الارتفاق على عقار ترتبت عليه حقوق عينية من قبل ، كحق ارتفاق سابق أو حق انتفاع أو حق رهن رسمي . وفي هذه الحالة لا يجوز أن يضار أصحاب الحقوق العينية السابقة بحق الارتفاق

(١) أنظر آنفاً فقرة ٧٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٧٥ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٧٦ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٧٨ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٠ في آخرها - وإذا لم يرتب حق الارتفاق إلا أحد الملاك في الشيوع ، فإن مصير الحق يتوقف على نتيجة القسمة ، فإن وقع العقار كله في نصيب المالك الذي رتب حق الارتفاق نفذ الحق بفضل الأثر الرجعي للقسمة ، وإلا سقط (بودري وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٦ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٥١ ص ٩٢٨) .

(٦) أنظر آنفاً فقرة ٥٤٩ في آخرها في الهامش - بودري وشوفو فقرة ١٠٩٦

الجديد ؛ إذا كانوا قد قاموا بشهر حقوقهم قبل شهر حق الارتفاق (١) ؛ وإذا كان مالك العقار المرتفق به لا يملك إلا رقبته ، فإن حق الارتفاق الذي يرتبه على العقار لا يجوز أن يضار به صاحب الانتفاع (٢) . أما صاحب الانتفاع نفسه ، فلا يملك أن يرتب حق ارتفاق لا على العقار لأنه لا يملك رقبته ، ولا على حق الانتفاع لأن حق الارتفاق إنما يترتب على الرقبة (٣) . وإذا كان مالك العقار المرتفق به يملكه ملكية تحت شرط فاسخ أو قابلة للفسخ أو للنقض ، وزالت هذه الملكية ، فإن حق الارتفاق يزول بزوالها . أما إذا كان مجرد حائز للعقار المرتفق به ، ولو كان حسن النية ، فإن حق الارتفاق الذي يرتبه على العقار لا يكون نافذاً في حق المالك الحقيقي للعقار إلا إذا أدت الحيازة إلى تملك العقار بالتقادم (٤) .

ومن يترتب له حق الارتفاق يجب أن يكون مالكا للعقار المرتفق . ويجب أن يكون أهلا للتصرف إذا كان قد تلقى حق الارتفاق بعوض ، ولا تشترط فيه أهلية التصرف بل تكفي أهلية التعاقد إذا كان قد تلقى حق الارتفاق تبرعاً . وقد يتم التعاقد باسم مالك العقار المرتفق ويكون ذلك في الوكالة والفضالة ، أو يتم لمصلحة هذا المالك ويكون ذلك في الاشتراط لمصلحة

(١) فلا يجوز أن يتعارض هذا الحق الأخير مع حق ارتفاق سابق أو مع حق انتفاع ، كما يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ على العقار المرهون باعتباره خالياً من حق الارتفاق الذي سجل بعد قيد حقه (أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٠ ص ١٠٢ وهامش ٨٧ - بودري وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٧ - ص ٨٢٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥١) . وانظر فيما يتعلق بترتيب حق ارتفاق على عقار مرهون استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٣٨ ص ٨٦٨ .

(٢) فإذا تعارض استعمال حق الارتفاق مع حق صاحب الانتفاع ، لم يجوز للمالك العقار المرتفق أن يستعمل حق الارتفاق إلا بعد انتهاء حق الانتفاع (أنظر آنفاً فقرة ٥٢٧ - بودري وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٧) .

(٣) وكل ما يملك هو أن يترتب في ذمته التزاماً شخصياً نحو مالك العقار الآخر (أنظر آنفاً فقرة ٥٠٧ في آخرها في الهامش - بودري وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٧ . وانظر عكس ذلك شفيق شحاتة فقرة ٩٣ ص ١١٦ وقرة ٣٢٨ ص ٣٢٣ هامش ١) .

(٤) بودري وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٦ - ولا يجوز من باب أولى للمستأجر أن يترتب على العقار المؤجر حق ارتفاق لمصلحة عقار مجاور يملكه له (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٩) .

الغير وفي التعهد عن الغير (١) . ويجوز أن يكون مالك العقار المرتفق مالكا له في الشيوع مع شركاء آخرين ، وفي هذه الحالة لا ينفذ حق الارتفاق إلا برضاء هؤلاء الشركاء الآخرين حتى يتقرر حق الارتفاق لفائدة كل العقار الشائع ، أو إلا إذا وقع العقار الشائع عند القسمة في نصيب الشريك الذي تعاقد على حق الارتفاق (٢) . ويجوز للشخص أن يحصل على حق ارتفاق لفائدة عقار لم يملكه بعد ، ويكون حق الارتفاق في هذه الحالة معلقاً على شرط واقف هو أن يملك الشخص هذا العقار (٣) . ويجوز من باب أولى أن يكون مالك العقار المرتفق ، الذي يحصل على حق ارتفاق لفائدة هذا العقار ، لا يملك إلا رقة هذا العقار . أما صاحب حق الانتفاع فليست له صفة في الحصول على حق ارتفاق لفائدة العقار المنتفع به ، وكل ما يملك هو أن يحصل على حق شخصي يكون محله الأعمال المكونة لحق الارتفاق (٤) . وإذا كان مالك العقار المرتفق يملكه ملكية تحت شرط فاسخ أو قابلة للفسخ أو للنقض ، وزالت هذه الملكية ، فإن حق الارتفاق يزول بزوالها (٥) . أما إذا كان مجرد حائز للعقار المرتفق ، ولو كان حسن النية ، فإنه لا يمكن أن يحصل على حق ارتفاق لفائدة هذا العقار إلا إذا أدت الحياة إلى تملكه بالتقادم (٦) .

هذا وإذا كسب حق الارتفاق بالتصرف القانوني ، عقداً كان التصرف أو وصية ، فإنه يجوز تعليق حق الارتفاق على شرط فاسخ أو على شرط واقف ، وتسرى القواعد العامة المتعلقة بالشرط . كما يجوز أن يكون حق الارتفاق.

-
- (١) أوبري وروفرقة ٢٥٠ ص ١٠٣ - بودري وشوفو فقرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥١ ص ٩٢٨ .
 (٢) بودري وشوفو فقرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ .
 (٣) بودري وشوفو فقرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ .
 (٤) بودري وشوفو فقرة ١٠٩٨ .
 (٥) بودري وشوفو فقرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ .
 (٦) بودري وشوفو فقرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ - وهناك رأي يذهب إلى جواز أن يحصل الحائز على حق ارتفاق لمصلحة العقار الذي يحوزه ، وتطبق عندئذ أحكام الفضالة (شفيق شحاته فقرة ٣٢٧ ص ٣٢٢) .

مقترناً بأجل فاسخ أو بأجل واقف ، فيترتب لمدة معينة ينتهى بانقضائها ، أو يترتب عند حلول أجل معين ، وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام فيما هو المقصود بأن حق الارتفاق حق دائم (١) .

٥٦٧ - التسجيل : ولما كان حق الارتفاق هو دائماً حق عيني عقارى ،

فان التصرف القانونى الذى ينشئه يجب دائماً تسجيله .

فاذا كان التصرف القانونى عقداً ، معاوضة كان أو تبرعاً ، فان حق الارتفاق لا ينشأ ، لا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين مالك العقار المرتفق ومالك العقار المرتفق به ، إلا بتسجيل العقد . وتسرى جميع قواعد التسجيل المقررة فى هذا الشأن (٢) .

وإذا كان التصرف القانونى وصية ، وجب أيضاً تسجيلها طبقاً لنص المادة ٩ من قانون الشهر العقارى الذى ورد فيه ذكر الوصية بالذات . وجزاء عدم تسجيل الوصية أن حق الارتفاق لا ينشأ ، لا بالنسبة إلى الغير ، ولا فيما الورثة والموصى له بحق الارتفاق (٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٠ - ٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم ، حيث قضى بأحقية المدعى فى الرى والصرف من مسق ومصرف معينين استناداً إلى اتفاق غير مسجل محرر بين المدعى عليه وبين ملاك الأطيان الأصليين الذين آلت إليهم الملكية من المدعى ، قد أسس ذلك على أن الحق موضوع هذا الاتفاق، منشأ كان أو مقررأ ، إن هو إلا من توابع الأطيان ينتقل معها إلى من توول إليهم ملكيتها ، وأن هذا الاتفاق يعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير ممن توول إليهم ملكية الأطيان يترتب عليه نشوء الحق مباشرة للمشرط بلا حاجة إلى نقله بطريق الحوالة ، وذلك دون أن يبين الحكم أن المدعى عليه مالك أو غير مالك لمجرى المصرف أو المسق ، وهل هو صاحب حق فى مياهما أولاً ، فان كان مالكاً أو صاحب حق فهل الاتفاق المذكور منشئ للحق الذى هو محله فيكون تسجيله لازماً لإنشاء الحق بين العاقدين أنفسهم ، أم مقرر له فلا يلزم تسجيله ، أما إن لم يكن مالكاً ولا صاحب حق فيكون هذا الاتفاق مجرد تعهد بعدم التعرض من جانب المدعى عليه فيما ليس له حق فيه ويكون القضاء للمدعى بالحق فى الرى والصرف غير متوقف على وجوده وعلى تسجيله - فهذا الحكم يكون معلوم الأساس ، معجزاً محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون (نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٧٠ رقم ٢٥) .

(٣) أنظر فى تفصيل ذلك آنفاً فقرة ٨٦ .

المطلب الثاني

الحدود التي يقف عندها التصرف القانوني في إنشاء حق الارتفاق

٥٦٨ - تطبيق القواعد العامة : بعد أن طبقنا القواعد العامة على التصرف

القانوني الذي ينشئ حق الارتفاق فما يتعلق بطرفيه مالك العقار المرتفق^(١) ومالك العقار المرتفق به ، تنتقل الآن إلى تطبيق القواعد العامة على محل التصرف القانوني المنشئ لحق الارتفاق ، وهذا المحل هو نفس مضمون حق الارتفاق .

ولما كان مضمون حق الارتفاق هو قيام مالك العقار المرتفق بعمل معين في العقار المرتفق به في الارتفاق الإيجابي ، أو امتناع مالك العقار المرتفق به عن القيام بعمل معين في عقاره في الارتفاق السلبي ، فهذا العمل أو هذا الامتناع عن العمل يجب أن يكون ، طبقاً للقواعد العامة : مشروعاً . أى غير مخالف للقانون أو النظام العام أو الآداب . وقل أن يوجد تطبيق عملي لحق ارتفاق غير مشروع ، وإذا وجد فإن التصرف القانوني الذي أنشأ حق الارتفاق يكون باطلاً . فيمكن أن نتصور مثلاً أن مالك العقار المرتفق به باع لمالك العقار المرتفق حق ارتفاق بالمرور في أرضه حاملاً معه أشياء مهربة (contrebande) أو مخدرات أو حشيشاً أو أسلحة غير مرخص فيها أو غير ذلك من الأشياء الممنوعة ، فيكون بيع حق الارتفاق في هذه الحالة باطلاً لمخالفة المحل للقانون وللنظام العام^(٢) .

والذي يقع عادة أن يكون مضمون حق الارتفاق عملاً من الأعمال التي تدخل في نطاق حق الملكية . فاما أن يقوم به مالك العقار المرتفق في العقار المرتفق به ، كأن يمر في هذا العقار ، فينتقص من نطاق ملكيته . أو أن يمتنع عن القيام به مالك العقار المرتفق به ، كأن يمتنع عن البناء في أرضه ، فيكون في هذا أيضاً انتقاص من نطاق ملكيته . والأعمال التي تدخل في نطاق الملكية ، ويصح أن تكون مضموناً لحق الارتفاق أو محلاً له ، كثيرة متنوعة^(٣) . منها أعمال سبق أن جعلها المشرع ، بشروط معينة ، مضموناً للقيود القانونية

(١) بودري وشوفو فقرة ١٠٧٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٠ ص ٩١٧ .

(٢) وللأفراد أن يختاروا ما يشاؤون منها ، في حدود القانون والنظام العام والآداب ،

فيجعلوها مضموناً أو محلاً لحقوق ارتفاق إرادية (أنظر م ٦٨٦ ملق فرنسي) .

التي أوردتها على حق الملكية ، فيعمد الأفراد بإرادتهم ، وخارج هذه الشروط إلى جعلها مضموناً لحقوق ارتفاق إرادية . ومنها أعمال لا شأن لها بمضمون القيود القانونية الواردة على حق الملكية ، ولكن الأفراد يختارونها ليجعلوها هي أيضاً مضموناً لحقوق ارتفاق إرادية . ونستعرض كلا من هاتين الطائفتين من الأعمال .

٥٦٩ - تحويل القيود القانونية الواردة على حق الملكية إلى حقوق

ارتفاق إرادية : وقد سبق أن بسطنا ، عند الكلام في حق الملكية في الجزء الثامن من الوسيط ، القيود القانونية التي ترد على حق الملكية للمصاحبة الخاصة ، وقسمناها إلى حالات ترجع إلى الرى والصرف من شرب ومجرى ومسبل . وحالات ترجع إلى التلاصق في الجوار وتتعلق بوضع الحدود وحق المرور والمطلات (١) . وقررنا أن التكييف الصحيح لهذه الحالات هي أنها قيود قانونية ترد على حق الملكية ، وليست حقوق ارتفاق حقيقية . فحق الارتفاق الحقيقي هو خروج عن التنظيم العام المؤلف لحق الملكية ، في حين أن هذه القيود القانونية ليست خروجاً عن التنظيم العام المؤلف ، بل هي ذاتها التنظيم العام المؤلف لحق الملكية (٢) .

ولكن هذه القيود القانونية قد تتحول إلى حقوق ارتفاق حقيقية ، إذا هي خرجت عن التنظيم العام المؤلف لحق الملكية . ويكون ذلك بألا تتوافر الشروط التي يتطلبها القانون لفرض هذه القيود ، وبالرغم من ذلك يفرضها الأفراد بإرادتهم ، فيخرجون بها عن التنظيم العام المؤلف الذي فرضه القانون وجعل له شروطاً لم تراعى الأفراد توافرها . ومن أجل ذلك قلنا إن هذه القيود تتحول من قيود قانونية توافرت فيها شروط التنظيم العام المؤلف الذي وضعه القانون لحق الملكية ، إلى حقوق ارتفاق حقيقية تخرج على هذا التنظيم العام المؤلف إذ هي لم تتوافر فيها شروطه . ونستعرض هذه القيود القانونية قيداً قيداً ، لنرى كيف تتحول على هذا النحو من قيود قانونية إلى حقوق

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤٤١ - فقرة ٤٨٢ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٧ - وأنظر الوسيط ٨ فقرة ٢٩٣ .

ارتفاع حقيقة . فلم إلاماً سريعاً ، بهذا القصد ، بقيود الشرب والمجرى والمسيل ووضع الحدود والمرور والمطل.

أما الشرب ، فحتى يكون قيداً يرد على ملكية صاحب المسقاة وليس بحق ارتفاع ، يجب أن يكون صاحب المسقاة قد استوفى حاجته منها لرى أرضه رياً كافياً وفاضت منها مياه بعد ذلك ، وأن تكون أرض الجار مجاورة لأرض صاحب المسقاة ، وأن يكون الجار فى حاجة إلى رى أرضه (١) . ويمكن تحويل هذا القيد إلى حق ارتفاع إذا اختل شرط من هذه الشروط ، واستتبع ذلك ألا يكون للجار الحق بحكم القانون فى أن يأخذ ما فاض من مياه المسقاة لرى أرضه . إذ يجوز عندئذ للجار أن يتفق مع صاحب المسقاة فى أن يكون له حق ارتفاع بالشرب من هذه المسقاة ، بمقابل أو بغير مقابل بحسب ما يتفقان عليه . فإذا كان أرض الجار غير ملاصقة لأرض المسقاة ، فلا يكون للجار الحق بحكم القانون أن يأخذ شيئاً من مياه المسقاة . ومع ذلك إذا اتفق الجار مع صاحب المسقاة على أن يكون له حق ارتفاع بالشرب من المسقاة ، كان هذا الاتفاق وهو تصرف قانونى منشأً لحق ارتفاع إرادى ، وهو حق ارتفاع حقيقى وليس قيداً قانونياً كما يكون الأمر لو أن شرط التلاصق فى الجوار قد توافر . وبذلك يتحول القيد القانونى بالشرب إلى حق ارتفاع بالشرب ، مصدره التصرف القانونى (الاتفاق) لا القانون . ويكون مضمون حق الارتفاع بالشرب هنا هو نفس مضمون القيد القانونى بالشرب ، أو يكون أوسع أو أضيق بحسب ما يحدده الاتفاق . وكذلك الحال لو أن المسقاة لا يفيض منها مياه بعد أن يروى صاحبها أرضه منها رياً كافياً ، فلا يكون للجار الحق بحكم القانون أن يأخذ شيئاً من مياه المسقاة . ومع ذلك يتفق الجار مع صاحب المسقاة على أن يكون له حق ارتفاع بالشرب من المسقاة ، ويكون صاحب المسقاة فى هذا الفرض قد اكتفى برى أرضه رياً جزئياً أو حفر بئر إرتوازياً ليستكمل ريه أو اتخذ غير ذلك من التدابير حتى يتمكن أن يرتب حق ارتفاع بالشرب على مسقاته لمصلحة جاره .

(١) الوسيط ٨ فقرة ٤٤٤ - فقرة ٤٤٧ .

وأما المجرى والمسيل ، فحتى يكونا قيدين على ملكية مالك الأرض وليساً بحقى ارتفاع ، يجب أن يكون الجار الذى يطليهما من مالك الأرض فى حاجة إلى رى أرضه عن طريق المجرى أو إلى صرف مياهه عن طريق الصرف (١) . ويمكن تحويل هذين القيدين إلى حقى ارتفاع إذا اختل هذا الشرط ، واستتبع ذلك ألا يكون للجار بحكم القانون أن يحصل فى أرض جاره على مجرى أو مصرف . فإذا كان الجار لديه وسيلة أخرى للرى كأن كان يستطيع رى أرضه رياً كافياً عن طريق آبار إرتوازية ، أو كانت لديه وسيلة أخرى للصرف كأن كان يستطيع أن يصرف المياه من طريق آخر ولو كان بعيداً ، لم يعد له عند ذلك أن يطلب حق المجرى أو حق المسيل فى أرض جاره ، ولكنه يستطيع مع ذلك أن يتفق مع مالك الأرض ، بمقابل أو بغير مقابل ، على أن يكون له فى الأرض حق ارتفاع بالمجرى أو حق ارتفاع بالمسيل . وبذلك يتحول القيد القانونى بالمجرى إلى حق ارتفاع بالمجرى ، والقيد القانونى بالمسيل إلى حق ارتفاع بالمسيل . ومصدر كل من هذين الحقين الاتفاق لا القانون .

وأما وضع الحدود فهو قيد على حق الملكية ، إذ أن كل مالك من المالكين المتلاصقين يجبر على المساهمة فى وضع الحدود . فتتقيد بذلك حرته فى ملكه بعد أن كان حراً فى تحديد هذا الملك أو عدم تحديده (٢) . وكل ما يستطيع المالك أن يطالب به جاره الملاصق بموجب هذا القيد القانونى ، هو أن يشاركه فى إقامة حدود ثابتة بين أرضيهما . فإذا زاد على ذلك ، وطلب من جاره مثلاً تحويط أرضه بسلك أو بسور أو بسياج أو بنحو ذلك ، لم يجبر الجار على هذا التحويط (م ١/٨١٨ مدنى) (٣) . ومع ذلك إذا اتفق الجاران على أن يكون لكل منهما حق ارتفاع على أرض الآخر ، بأن يشتركا فى تحويط أرضيهما دون الاقتصار على وضع حدود ثابتة بينهما ، فبأماننا بذلك فصول الناس وعبث العابثين وسطو اللصوص . كان هذا الاتفاق منشأً لحق ارتفاع

(١) الوسيط ٨ فقرة ٤٥٢ .

(٢) الوسيط ٨ فقرة ٤٥٦ - فقرة ٤٦٣ .

(٣) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤٦٤ وفقرة ٦٠٩ - فقرة ٦١٠ .

إرادى . وبذلك يتحول القيد القانونى بوضع الحدود إلى حق ارتفاق بالتحويط ويكون مصدر حق الارتفاق بالتحويط هو الاتفاق لا القانون، ومضمونه تحويط المالكين لا الاقتصار على وضع الحدود فيما بينهما .

وأما المرور ، فحتى يكون قيداً قانونياً على أرض الجار ، يجب أن تكون أرض المالك المجاور محبوسة عن الطريق العام . ولا منفذ لها إلا بالمرور من أرض الجار (١) . فاذا فرض أن المالك المجاور قد حصل على حق المرور من أرض الجار ، ثم انفك حبس أرضه ، بأن استحدث مثلاً طريق عام بجوارها أو كسب المالك ملكية أرض مجاورة لها منفذ إلى الطريق العام فانفك بهذا المنفذ حبس أرضه الأولى ، فان حق المرور يفقد السبب فى بقاءه ومن ثم يزول . ذلك أن هذا الحق ليس بحق ارتفاق ، بل هو قيد على ملكية الأرض المجاورة . وهذا القيد منوط بانحباس الأرض التى يمارس صاحبها حق المرور ، فاذا انفك الحبس لم يعد للقيد مبرر ، وأصبح صاحب الأرض المجاورة غير ملزم بتحمل هذا القيد بعد أن زال سبب قيامه . فاذا طالب هذا الأخير بانهاء حق المرور كان له ذلك ، بعد أن أصبح للأرض التى كانت محبوسة ممر آخر يودى إلى الطريق العام . وإذا رضى ببقاء حق المرور متفقاً على ذلك مع المالك المجاور ، كان له ذلك أيضاً ، ولكن حق المرور فى هذه الحالة ينقلب من قيد قانونى مصدره القانون إلى حق ارتفاق حقيقى مصدره الارتفاق (٢) . كذلك ينقلب القيد القانونى إلى حق ارتفاق حقيقى إذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد اتفق مع الجار على أن يمر فى موضع من الأرض المجاورة ليس هو الأخف ضرراً ، أو كان هو الطريق الأطول دون مبرر ، أو كانت الأرض غير محبوسة ولكن صاحبها اتفق مع الجار على المرور فى أرضه لأن المسافة منها إلى الطريق العام أقصر وأيسر .

وأما المطل ، فانه إذا كان مطلاً مواجهها وجب ألا يفتح على مسافة تقل عن متر من حدود ملك الجار ، وإذا كان مطلاً منحرفاً قلت المسافة فأصبحت نصف متر بدلاً من متر (٣) . فاذا استوفى المطل حدود هذه المسافة ، لم

(١) الوسيط ٨ فقرة ٤٦٦ .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤٦٧ .

(٣) الوسيط ٨ فقرة ٤٧٥ .

يعتبر ، مواجهها كان أو متحرراً ، حق ارتفاق على العقار المجاور ، بل هو قيد من قيود الملكية لمصلحة العقار المجاور . وينقلب هذا القيد إلى حق ارتفاق ، إذا اتفق صاحب المثل مع صاحب العقار المجاور على فتح المثل على مسافة أقل من المسافة القانونية ، فيفتح المثل مواجهه على مسافة أقل من متر ، أو المثل المنحرف على مسافة أقل من نصف متر . وفي هذه الحالة يتم الانقلاب من وجهين : يتحول القيد القانوني ومصدره القانون إلى حق ارتفاق حقيقي ومصدره الاتفاق ، ثم إن القيد القانوني الذي كان مقررًا لمصلحة العقار المجاور ينقلب إلى حق ارتفاق على هذا العقار لا لمصلحته . وإذا تم لصاحب المثل كسب حق الارتفاق بالمثل على هذا الوجه ، فليس لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطاً في ملكه إلا بعد أن يبتعد عن المثل المفتوح بمسافة متر أو نصف متر بحسب ما يكون المثل مواجهها أو منحرفاً ، وذلك حتى يسلم للمثل مسافته القانونية . فإذا التزم صاحب العقار المجاور ترك المسافة القانونية من حد المثل وأقام بناء . فليس لصاحب المثل أن يطالب بهدم البناء . لأنه لم يكسب إلا حق ارتفاق بالمثل وقد سلم له مظهره بمسافته القانونية . دون أن يكسب حق ارتفاق بعدم البناء . وإذا أقام صاحب العقار المجاور حائطاً في ملكه بعد ترك المسافة القانونية . فانه يجوز له أن يفتح في هذا الحائط مطلا بشرط أن يراعى هو أيضاً المسافة القانونية . فإذا كان المثل الأول مفتوحاً في حائط مقام على الخط الفاصل ، كان لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطاً يبعد عن المثل أى عن الخط الفاصل بمسافة متر . وله في هذه الحالة أن يفتح مطلاً مواجهاً في حائطه لأن هذا المثل يكون في هذه الحالة مفتوحاً في حدود المسافة القانونية فهو يبعد عن الخط الفاصل بمسافة متر (١) .

٥٧٠ - امتياز أعمال أخرى غير دافعة في القيود القانونية الواردة

على من الملكية محروك حقوق ارتفاق إرادية : وفيما قدمناه (٢) بيان بأهم الأعمال التي تصح أن تكون مضموناً لحقوق ارتفاق إرادية ، استعيرت من

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٨ فقرة ٧٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٦٩ .

مضمون القيود القانونية الواردة على حق الملكية بعد أن حولنا هذه القيود القانونية إلى حقوق ارتفاق إرادية على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم . ولكن حقوق الارتفاق الإرادية لا تنقيد ، كما تنقيد القيود القانونية الواردة على حق الملكية ، بمضمون معين . بل إن الإرادة حرة تختار ما تشاء من الأعمال مضموناً لحقوق الارتفاق الإرادية ، فى حدود القانون والنظام العام والآداب . ولذلك جاز للأفراد أن يتفقوا على حقوق ارتفاق يكون مضمونها أعمالاً غير الأعمال التى سردناها فيما تقدم . ونذكر على سبيل المثال ، لا على سبيل الحصر ، بعض حقوق الارتفاق التى يجوز كسبها عن طريق التصرف القانونى ، فتنشئها الإرادة ، عقداً كانت أو وصية .

فهناك حقوق ارتفاق إيجابية . ومن أمثلتها حق الارتفاق باغتراف المياه (*puisage*) ، وحق الارتفاق برعى المواشى (*pacage*) . وحق الارتفاق باستخراج الأحجار والمعادن والمواد الأخرى (*extraction de matériaux*) . وحق الارتفاق بمسيل مياه المطر والمياه المنزلية (*égout des eaux pluviales et des eaux ménagères*) . وحق الارتفاق بالقاء القمامة (*jeter des immondices*) . وحق الارتفاق بالاحتطاب (*prendre des bois nécessaires*) . وحق الارتفاق بوضع عوارض من الخشب على الحائط الفاصل (*placé des poutres et des solives dans le mur du voisin*) . وحق الارتفاق باختراق عقار الجار لإصلاح منزل أو حائط ملاصق (*tour d'échelle*) وغير ذلك من حقوق الارتفاق^(١) .

وهناك حقوق ارتفاق سلبية . ومن أمثلتها حق الارتفاق بعدم البناء (*aedificandi*) ، وحق الارتفاق بعدم تعلية البناء لأزيد من ارتفاع معين (*non altius tollendi*) ، وحق الارتفاق بعدم البناء فى أزيد من

(١) ومن ذلك تحميل منزل المالك أو جداره على منزل الجار أو جداره : *servitude d'appui* ، وحق الشفة *abreuvement* ، والحق فى توصيل حيوانات عقار إلى عين أو غدير أو مستنقع مملوك لآخر لتشرب منها ويشتمل هذا حق المرعى *pacage et pâturage* . أنظر فى ذلك محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٦٣ ، وفقرة ٦٧ ، وفقرة ٦٨ .

مساحة رقعة معينة (م ١٠١٨ مدني) ، وحق الارتفاق بالروئية (prospect)
 وحق الارتفاق بعدم الحفر للكشف عن المياه الجوفية (non fodiendi) ،
 وحق الارتفاق بعدم مسئولية مستغل المنجم (concessionnaire d'unemine) عن
 الأضرار التي تنجم عن استغلاله وتصيب سطح الأرض .

وهذا كله إلى جانب حقوق الارتفاق المترعة من القيود القانونية
 الواردة على حق الملكية بعد أن تحولت هذه القيود إلى حقوق ارتفاق حقيقية :
 حق الارتفاق بالشرب ، وحق الارتفاق بالمجرى ، وحق الارتفاق بالمسيل ،
 وحق الارتفاق بوضع الحدود ، وحق الارتفاق بالمرور ، وحق الارتفاق
 بالمطل (١) .

٥٧١ - قيده أساسياته بمحده من قوة التصرف القانوني في إنشاء

من الارتفاق : ومهما يكن من تنوع حقوق الارتفاق الإرادية ، فإن هناك
 حدوداً يقف عندها التصرف القانوني في إنشاء حق الارتفاق . فإلى جانب
 القيد الرئيسي العام ، وهو ما أسلفناه من وجوب أن يكون مضمون حق
 الارتفاق الإرادي مشروعاً أي غير مخالف للقانون ولا النظام العام ولا
 الآداب ، هناك قيدان أساسيان آخران خاصان بحق الارتفاق يجب إضافتهما
 إلى هذا القيد الرئيسي العام . وهذان القيدان يمكن استخلاصهما من نفس
 تعريف حق الارتفاق كما ورد في المادة ١٠١٥ مدني ، فقد رأينا (٢) هذا
 النص يقول : « الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه
 شخص آخر » . فهناك إذن قيدان أساسيان يتقيد بهما حق الارتفاق بوجه عام ،
 أيما كان سبب كسب هذا الحق ، وسواء كان هذا السبب هو التصرف القانوني
 أو تخصيص المالك الأصلي أو التقادم . وهذان القيدان هما : (أولاً) يجب أن
 يكون حق الارتفاق بحيث يحد من منفعة عقار ، فيجب إذن أن يتقرر هذا
 الحق على عقار ، لا أن يفرض على شخص : (ثانياً) ويجب أن يتقرر حق
 الارتفاق لفائدة عقار غير العقار الأول يملكه شخص آخر ، فيجب إذن

(١) أنظر بياناً مستوفى بحقوق الارتفاق المتنوعة في بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة

٩٤٠ ص ٩١٧ هامش ١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٤٩ .

أن يتقرر هذا الحق لفائدة عقار ، لا لفائدة شخص (١) .
فحق الارتفاق إذن يترتب على عقار لا على شخص ، وينشأ لفائدة عقار لا لفائدة شخص . هذان هما القيدان الأساسيان اللذان نتولى الآن بحثهما ، وقد وردا صراحة في المادة ٦٨٦ من التقنين المدني الفرنسي ، إذ تقول عن التكاليف التي يقررها حق الارتفاق أنها « يجب ألا تكون مفروضة على شخص ولا لمصلحة شخص ، بل يجب أن تفرض على عقار وللمصلحة عقار » (٢) .

٥٧٢ - القيد الأول - من الارتفاق يتقرر على عقار لا على شخص -

نص قانوني : فلا يجوز أن يكون مضمون حق الارتفاق التراماً شخصياً يترتب في ذمة مالك العقار المرتفق به لمصلحة مالك العقار المرتفق ، بل يجب أن يكون هذا المضمون تكليفاً عينياً يترتب على العقار المرتفق به ، ولا يترتب في ذمة مالكه . ذلك بأن حق الارتفاق إنما هو حق عيني متفرع عن حق الملكية ، فيجب أن يكون جزءاً من حق الملكية يجعل للمالك العقار المرتفق أن يباشر بعض سلطات الملكية على العقار المرتفق به . فحق الارتفاق ، كحق الملكية وكل حق عيني آخر ، سلطة مباشرة يستعملها صاحب هذا الحق على

(١) وقد كانت حقوق الارتفاق ، في العهد الإقطاعي في فرنسا ، لا تقتصر على أن تكون حقوقاً عينية تفرض على عقار لمصلحة عقار آخر . بل كانت تجاوز العقار إلى الشخص ، فتفرض التزامات شخصية في ذمة مالك العقار المرتفق به لمصلحة مالك العقار المرتفق ، وكانت بذلك تجعل ملاك العقارات المرتفق بها طبقة اجتماعية تخضع لسيادة طبقة اجتماعية أخرى هي طائفة ملاك العقارات المرتفقة . وقد هدمت الثورة الفرنسية كل هذه الفروق الطبقيّة ومحت ما كان عهد الإقطاع قد خلفه من سيادة أرض على أرض ، وهي سيادة تتضمن سيادة طبقة على طبقة . وانتقل إلى التقنين المدني الفرنسي ما قامت به الثورة الفرنسية في هذا السبيل ، فأضاف إلى كلمة *servitudes* التي كان عهد الإقطاع يقتصر عليها رمزاً لخضوع أرض لسيادة أرض أخرى ، عبارة *services fonciers* حتى يمحو هذا الرمز ، ونص صراحة في المادة ٦٣٨ منه على أن « حق الارتفاق لا يتضمن إلبته استعلاء *préeminence* عقار على عقار آخر » (أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٠) .

وقد بلغ الأمر ، في عهد الإقطاع ، في جعل الارتفاق يتضمن خدمات شخصية ، إلى حد جعل هذا الحق يفرض على صاحب العقار المرتفق به أن يقلب مياه مستنقع حتى يمنع الضفادع من إقلاق نوم السيد المجاور (أنظر بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٧ ص ٨١١) .

(٢) وهذه عبارة المادة ٦٨٦ مدني فرنسي الأصلية *pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds..* ”

وانظر المادة ١/٩٨٧ مدني سوري ، والمادة ١/٨٤ من قانون الملكية العقارية اللبناني .

العقار المرتفق به ذاته دون وساطة مالك هذا العقار ، فلا يترتب في ذمة هذا المالك أى التزام شخصي نحو صاحب حق الارتفاق (١) . وإذا التزم مالك العقار المرتفق به نحو مالك العقار المرتفق بالتزام شخصي ، فانما يكون ذلك لا بموجب حق الارتفاق ، بل يكون أجنياً عن هذا الحق ، وبناء على مصدر من مصادر الالتزام . ولا يلتزم مالك العقار المرتفق به في هذه الحالة باعتباره مالكا لهذا العقار ، بل بصفته الشخصية . ولا ينتقل التزامه إلى من يخلفه في ملكية العقار المرتفق به ، بل ينتقل مع تركته إلى ورثته الشخصيين (٢) . ولا يجوز أن يكون هذا الالتزام الشخصي مؤبداً ، فان الالتزامات الشخصية لا تتأبد ، وهذا دليل آخر على ألا علاقة لهذا الالتزام بحق الارتفاق فان حق الارتفاق يصح أن يكون مؤبداً (٣) .

وعلى ذلك لا يجوز أن يكون مضمون حق الارتفاق هو التزام مالك العقار المرتفق به التزاماً شخصياً بخدمة العقار المرتفق ، على أساس أن هذا الالتزام الشخصي ينتقل إلى كل مالك للعقار المرتفق به . فلا يجوز مثلاً أن يكون هذا المضمون التزام مالك الأرض المرتفق بها بحرق الأرض المرتفقه ، أو بتسميدها ، أو بجنى محصولاتها ، أو بتسويق هذه المحصولات ، أو بتنقية الدودة والآفات الزراعية الأخرى ، أو نحو ذلك من الالتزامات الشخصية التي وإن أفادت الأرض المرتفقه ، إلا أنها التزامات تترتب في ذمة شخص ، لا تكاليف تتقرر على عقار (٤) .

(١) فصاحب حق الارتفاق بالمرور مثلاً يباشر هذا الحق على أرض الجار مباشرة ، ويمر فيها ، دون أن يلتزم الجار نحوه بأى التزام شخصي *servitus non in faciendo consistit* . فلا يطلب من الجار أن يعينه على حق المرور ، أو أن يقوم بأى عمل لتمكينه من ذلك ، وكل ما يطلب من الجار هو ألا يضع أمامه عائقاً يحول بينه وبين المرور . ذلك بأن الجار يجب عليه احترام حق الارتفاق العيني ، شأنه في ذلك شأن أى شخص آخر ، إذ يجب على الناس كافة احترام الحقوق العينية عندما يستعملها أصحابها . أنظر أيضاً بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤١ .

(٢) فلو انتقلت ملكية العقار إلى شخص آخر ، فان الالتزام لا ينتقل معه إلا في الحدود التي قررها القانون لانتقال الالتزام إلى الخلف الخاص . وفي خارج هذه الحدود يبقى الالتزام في ذمة الشخصية ولا ينتقل مع العقار ، ويبقى بعد موته في تركته كما سبق القول .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤١ ص ٩١٩ .

(٤) بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤١ ص ٩١٨ .

والذي يجوز هو أن يلتزم صاحب العقار المرتفق به بالقيام بعمل ثانوي لا يكون هو أصل مضمون الارتفاق ، بل يكون عملاً إضافياً (*accessoire*) تابعاً له ويقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٠٢١ مدني إذ تقول : « لا يلتزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بأي عمل لمصلحة العقار المرتفق ، إلا أن يكون عملاً إضافياً يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف ، ما لم يشترط غير ذلك » (١) . فيجوز أن

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ١٢٨٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ولا يجوز أن يلزم مالك العقار المرتفق أن يقوم بأي عمل ، إلا أن عملاً إضافياً يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف » . وفي لجنة المراجعة استبدلت عبارة « لا يلزم » بعبارة « ولا يجوز أن يلزم » ، وأضيفت عبارة « ما لم يشترط غير ذلك » ، وأصبح النص رقمه ١١٠٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٢ . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « لمصلحة العقار المرتفق » بعد عبارة « لا يلزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بأي عمل » ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ١٠٢٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٦ - ص ٦٣٨) .

ويلاحظ في شأن هذا النص ما يأتى : (١) أضافت لجنة المراجعة إليه عبارة « ما لم يشترط غير ذلك » دون أن تذكر سبب هذه الإضافة . وليس للإضافة معنى ، فإن المفروض أن العمل الإضافى الذى يلزم به مالك العقار المرتفق به إنما يلزم به بموجب شرط خاص ، لا أن يلزم به بموجب القانون « ما لم يشترط غير ذلك » . (٢) فصلت لجنة المراجعة النص من مكانه حيث كان فقرة ثانية للمادة ١٢٨٦ من المشروع التمهيدى وهو المكان المناسب ، إلى مكان أقل مناسبة ، دون أن تذكر السبب فى ذلك . هذا والنص مأخوذ من المادة ١٨٥ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، ولم ترد فيها عبارة « ما لم يشترط غير ذلك » (مشروع تنقيح القانون المدنى - المذكرة الإيضاحية جزء ٤ ص ١٣١) . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى شأن هذا النص : « أما صاحب العقار المرتفق به فلا يلتزم شخصياً بشئ ، إلا أن يكون عملاً إضافياً يقتضيه استعمال حق الارتفاق على الوجه المألوف ، كإصلاح حق المرور ، وله على كل حال أن يتخلص من هذا الالتزام بتخليه عن ملكية الجزء المرتفق به (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٤) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٢٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

يلتزم مالك العقار المرتفق به بأن يتعهد بصيانة الطريق الذى يستعمل فيه حق الارتفاق بالمرور ، أو بتطهير المصرف الذى يستعمل فيه حق الارتفاق بالمسيل ، أو بصيانة المروى أو ممر المياه الذى يستعمل فيه حق الارتفاق بالشرب أو حق الارتفاق بالمجرى ، أو بكسر الأحجار أو المواد الأخرى فى المكان الذى يستعمل فيه حق الارتفاق باستخراج الأججار وغيرها من المواد ، أو باعداد التيار الكهربائى فى المكان الذى يستعمل فيه حق الارتفاق باستمداد الكهرباء (١) . وينتقل هذا الالتزام من ذمة مالك العقار المرتفق به إلى ذمة كل من يخلفه على ملكية هذا العقار (٢) . ويلاحظ فى شأن هذا الالتزام أمور ثلاثة : (١) أنه التزام يقتضيه استعمال حق الارتفاق على الوجه المألوف . (٢) وأن محله ليس هو المضمون الأصلي للارتفاق ، بل هو عمل إضافى تابع لهذا المضمون الأصلي . (٣) وأنه التزام عيني يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتخلص منه بالتخلي (abandon) عن هذا العقار (٣) .

٥٧٣ - القيد الثانى - هو الارتفاق ينشأ لفائدة عقار لا لفائدة شخص :

وكما يجب أن يترتب حق الارتفاق على عقار لا على شخص ، كذلك يجب أن ينشأ لفائدة عقار لا لفائدة شخص . والمقصود بإنشاء حق الارتفاق لفائدة عقار أن يكون هناك ارتباط وثيق بين مضمون الارتفاق وبين الأغراض التى أعد لها العقار ، بحيث يكون من شأن حق الارتفاق أن يزيد فى فائدة العقار أو فى تجميله ، فتكون هناك علاقة طبيعية rapport de nature بين حق الارتفاق وبين العقار . فاذا لم يوجد هذا الاتصال الوثيق ، بل كان التكليف المقرر على العقار المرتفق به إنما قصد به تقديم فائدة شخصية لمالك العقار المرتفق لاصلة لها بهذا العقار الأخير . لم يجوز

(١) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٢ - مازو فقرة ١٧٢٢ .

(٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٦ - بودرى وشوفو فقرة ١١٣١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٢ ص ٩٢٠ .

(٣) أنظر ماورد فى الالتزام العيني فى شأن هذا الالتزام : الوسيط ٨ فقرة ١٠٠ . وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٢ ص ٩٢٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٧٤ .

أن يكون هذا التكليف حق ارتفاق (١) . فإذا كان للمالك العقار الحق في التنزه في حديقة جاره وفي قطف الثمار والزهور منها ، فهذا الحق لا صلة له بعقار المالك ، وقد تقرر لفائدة شخص المالك دون عقاره ، بل قد تقرر لفائدته الشخصية حتى لو لم يكن مالكا لأى عقار ، فالحق حق انتفاع أو حق استعمال وليس بحق ارتفاق (٢) . أما إذا كان للمالك العقار الحق في أخذ سباح وأتربة من أرض جاره لتسميد أرضه ولتسويتها ، فإن هذا الحق متصل اتصالاً وثيقاً بعقار المالك وقد تقرر لفائدة هذا العقار دون شخص المالك ، فهو إذن حق ارتفاق لاحق انتفاع .

وقس على ذلك ما إذا تقرر الحق للمالك في استعمال الملاعب الرياضية المنشأة في أرض جاره ، أو في الاستحمام في بركة السباحة المنشأة في حديقة الحار ، فإن هذا الحق لا صلة له بأرض المالك وقد تقرر لفائدة المالك شخصياً ، فهو إذن حق استعمال لاحق ارتفاق . أما إذا تقرر حق للمالك منزل في أن يحتطب في أرض جاره ليجلب منها الأخشاب اللازمة لتدفئة المنزل ، أو في أن يغترف من أرض جاره المياه اللازمة للحاجات المنزلية من شرب وغسيل ونحو ذلك ، أو في أن يستمد من أرض جاره الكهرباء اللازمة لإنارة المنزل ، فهذه التكاليف كلها لها صلة وثيقة بالمنزل وقد تقرر لفائدته المنزل ذاته بقطع النظر عن يسكنه ، فهي إذن حقوق ارتفاق (٢) .

٥٧٤ - تطبيقات مختلفة - حالات يعتبر فيها الحق منشأ لفائدة عقار

وأخرى يعتبر فيها منشأ لفائدة شخصي : ومن الحالات التي يعتبر فيها الحق منشأ لفائدة عقار ، ومن ثم يكون هناك حق ارتفاق ، أن يقسم المالك أرضه لبيعها قطعاً بعد أن ينشئ بينها شوارع وميادين يتعهد بإنارتها وصيانتها

(١) وكان الرومان يميزون حق الارتفاق عن حق الانتفاع على هذا الأساس . فإذا كان التكليف قد تقرر للمالك العقار المرتفق بصفته مالكا لهذا العقار ، وكان متصلاً اتصالاً وثيقاً بالعقار ويزيد في فائدته ، فالحق حق ارتفاق . أما إذا كان التكليف قد تقرر للمالك العقار المرتفق لا بصفته مالكا لهذا العقار بل بصفته الشخصية ، وكان يفيد شخص المالك دون اعتبار لأنه يملك العقار إذ لا صلة بين العقار والتكليف فالحق حق انتفاع . أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٤ .

(٢) أنظر بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٤ ص ٨٠٦ .

(٣) أنظر بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٥ .

وكنسها ، ويدرج في قائمة الشروط أن يكون للمشتري لهذه القطع الحق في استعمال هذه الشوارع والميادين للمرور على أن يدفع كل منهم مبلغاً سنوياً يتناسب مع اتساع قطعه وقيمها . ففي هذه الحالة يكون لمشتري القطعة حق ارتفاق بالمرور في الشوارع والميادين ، وعليه أن يدفع المبلغ الذي يخصه في نظير صيانة هذه الشوارع والميادين وإنارتها وكنسها (١) . وكذلك إذا تعهد البائع في عقد بيع قطعة الأرض ألا يبيع القطع الأخرى لمصانع أو لمن يتجرون في سلع معينة حتى يتيسر بذلك إنشاء حي « بورجوازي » للسكنى ، ففي هذه الحالة يكون لمالك كل قطعة حق ارتفاق على القطع الأخرى—بألا تستعمل هذه القطع لإقامة مصانع أو للإتجار في هذه السلع (٢) . وإذا تعهد مالك منزل مجاور لمكان معد للعبادة ألا يقيم حفلات راقصة في منزله ، أمكن اعتبار أن هناك حق ارتفاق لفائدة المكان المعد للعبادة على المنزل المجاور (٣) . وإذا اتفق مستغل المنجم مع من يشتري منه السطح على ألا يكون الأول مسئولاً عن الأضرار التي تصيب السطح من جراء استغلال المنجم . جاز أن يكون هذا الاتفاق منشأً لحق ارتفاق على السطح لفائدة المنجم (٤) .

وإذا أقيم مصنع في أرض أعدت خصيصاً للمصنع بحيث لا يمكن فصل المصنع عن الأرض . أو كان المصنع قد أقيم على الأرض لاستغلال مافي جوفها من مواد ومعادن ، فإن المصنع والأرض يصبحان عقاراً غير قابل للتجزئة ، وما يشترط لفائدة المصنع يعتبر مشروطاً لفائدة الأرض . ومن

-
- (١) نقض فرنسي ٥ فبراير سنة ١٩٣٤ جازيت دي باليه ١٩٣٤ - ١ - ٧٢٤ - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٨ جازيت دي باليه ١٩٣٨ - ٢ - ٨٣٩ .
 (٢) نقض فرنسي ٢٩ مارس سنة ١٩٣٣ جازيت دي باليه ١٩٣٣ - ٢ - ٤٢ - باريس ٦ يونيو سنة ١٩٣٠ جازيت دي تريينو ١٩٣٠ - ٢ - ١٩١ - وقارن نقض فرنسي ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٤١٩ - ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٨ - ١ - ٦٥ .

- (٣) رويه ١٢ مارس سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٤ - ٢ - ١٣٠ .
 (٤) نقض فرنسي ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٢٤١ - رويه ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ جازيت باليه ١٩٣٧ - ١ - ٤١١ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٥٤٢ وفقرة ٩٤٥ ص ٩٢٣ .

ثم يعتبر حق ارتفاق مقرر لمصلحة الأرض ماعسى أن يحصل عليه المصنع من مالك أرض مجاورة من تعهد بامداد المصنع بمواد مستخرجة من هذه الأرض المجاورة ، كأثرية تمد مصنعاً للطوب أو للفخار أو للصيني ، أو فحم يمد مصنعاً للزجاج ، أو تيار كهربائي يستمدّه المصنع من مسقط للمياه مجاور له (١) . ولكن لا يعتبر حق ارتفاق أن يشترط صاحب المصنع ، وهو يبيع عقاراً مجاوراً لمصنعه ، على مشتري هذا العقار ألا يقيم به مصنعاً مماثلاً لمصنعه ومزاحماً إياه ، فان شرط عدم المزاحمة إنما تقرر لمصلحة المصنع الاستغلالية لفائدة الأرض التي أقيم عليها المصنع (٢) .

ولا يعتبر حق ارتفاق أن يتفق مالك منزل مع مالك أرض على أن يكون للمالك المنزل حق الصيد أو القنص في الأرض ، فان هذا الحق قد تقرر لمالك المنزل شخصياً ولا صلة له بالمنزل . ومثل مالك المنزل في الحصول على حق الصيد والقنص في أرض الغير مثل المالك الذي يحصل على حق استعمال الملاعب الرياضية أو بركة السباحة الموجودة في أرض الغير ، أو على حق التنزه أو قطف الثمار والزهور في حديقة الغير . كل هؤلاء لا يقرر لعقاراتهم حق ارتفاق ، وإنما يقرر لهم شخصياً حق انتفاع أو حق استعمال ، وقد يقتصر الانتفاع أو الاستعمال على مجرد حق شخصي (créance) يحصلون عليه عن طريق الإيجار ، وكان يمكن لأي منهم أن يحصل على حق الصيد والقنص دون أن يكون مالكا لأي عقار (٣) .

ونرى مما تقدم أن تكليفاً مقررأ على عقار قد يكون حق ارتفاق ، إذا كان هذا التكليف قد تقرر لفائدة عقار آخر لا لفائدة شخصية تعود على مالك هذا العقار . وقد يكون التكليف حق انتفاع ، إذا كان قد تقرر لفائدة الشخص لفائدة العقار ، بعقد منشيء للحقوق العينية . وقد يكون التكليف مجرد حق شخصي (créance) ، إذا كان قد تقرر لفائدة

(١) بودري وشوفو فقرة ١٠٧٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٤ .

(٢) أنظر في شرط عدم المزاحمة بودري وشوفو فقرة ١٠٧٦ ص ٨٠٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٦ .

(٣) أنظر بودري وشوفو فقرة ١٠٧٤ ص ٨٠٧ - مارتى ورينو فقرة ١٤٠ ص ١٦٠

وقارن بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٨ .

الشخص لا لفائدة العقار . بعقد لا ينشئ إلا حقوقاً شخصية كعقد الإيجار . فإذا كان التكليف حق ارتفاق ، فإن صاحب هذا الحق يجب أن يكون مالكا لعقار هو العقار المرتفق ، ويصح أن يكون الحق أبدياً ، وينتقل إلى كل من يملك العقار المرتفق سواء كان خلفاً عاماً أو كان خلفاً خاصاً . وإذا كان التكليف حق انتفاع ، فلا يشترط أن يكون صاحب الحق مالكا لعقار ، ولا يكون الحق أبدياً بل يجب أن ينتهى حتماً بموت صاحبه ، ولا ينتقل إلا إلى خلف خاص . وإذا كان التكليف حقاً شخصياً ، فانه يشترك مع حق الانتفاع في أنه لا يشترط أن يكون صاحب الحق مالكا لعقار ، ولا يكون الحق أبدياً ، ولكنه يختلف عنه في أنه لا ينتهى حتماً بموت صاحبه بل يبقى له في التركة . ويختلف الحق الشخصي عن كل من حق الارتفاق وحق الانتفاع في أن المدين بالحق الشخصي قد يكون ملتزماً التزاماً أصلياً بعمل إيجابي ، أما مالك العقار المرتفق به أو مالك الرقبة فلا يجوز أن يلتزم التزاماً أصلياً بعمل إيجابي^(١) .

٥٧٥ - تطبيق خاص لحق منسأ لفائدة عقار - قيود البناء - نص

قانوني : تنص المادة ١٠١٨ مدني على ما يأتي :

« ١ - إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حدمعين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقعته ، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات التي فرضت لمصلحتها هذه القيود . هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغيره » .

« ٢ - وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة باصلاحها عيناً ، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك »^(٢) .

(١) أنظر في ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٩ . وانظر بودري وشوفو فقرة ١٠٧٦ ص ٨١٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٠ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتي : « إذا فرضت قيود معينة على حق مالك العقار في أن يبنى كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين في أن يرتفع بالبناء أو أن يمدفيه ، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات المجاورة ، هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغيره . وكل ضرر =

وقد حسم هذا النص خلافاً كان قائماً في القضاء في عهد التقنين المدني السابق في تكييف الطبيعة القانونية لقيود البناء ، وهي قيود ألغت الحكومة وشركات الأراضي ، عندما تجزىء هذه وتلك أراضيها إلى قطع لتبيعها للجمهور ، أن تدرجها ضمن شروط البيع . وتقصد بها أن تنشئ أحياء سكنية على قدر من التنسيق والنظام ومراعاة الشروط الصحية ، بحيث يكون السكن فيها مرغوباً فيه . وهذا دون شك قصد محمود ، يحقق مصلحة الجميع . يحقق مصلحة بائع هذه الأراضي ، إذ أن هذه الشروط يكون من شأنها تصقيع الأراضي وارتفاع ثمنها . ويحقق مصلحة المشترين ، إذ يستطيع كل مشتر أن يطمئن إلى أن غيره من المشترين سيتقيد بما يتقيد به هو عندما يبني أرضه ، فينشأ بسبب ذلك حي صحي متنسق يرتاح الإقامة فيه . ويحقق المصلحة العامة ، إذ أن إنشاء هذه الأحياء السكنية الصحية المنسقة على هذا

« ينشأ عن مخالفة هذه القيود تجوز المطالبة باصلاحه عيناً ، إلا إذا تبين أن الحكم بالتعويض جزاء عادل فيه الكفاية » . ووافقت لجنة المراجعة على النص بفقرتيه تحت رقم ١١٠٢ في المشروع النهائي ، بعد تعديل الفقرة الأولى على الوجه الآتي : «إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقبته ، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات المجاورة . هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغيره » . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٩٩ . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت في الفقرة الأولى بكلمة «المجاورة» عبارة «التي فرضت لمصلحتها هذه القيود» ، حتى لا يقتصر الأمر على مجرد الجوار وإنما يتناول العقارات التي تقع في الحي الذي فرضت هذه القيود لمصلحته من حيث التنسيق أو الأوضاع الصحية وما إليها . أما الفقرة الثانية فقد عدلت على الوجه الآتي لإظهار الغرض منها : «وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة باصلاحها عيناً ، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك» . وقد أصبح النص ، بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ١٠١٨ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته [مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٠ - ص ٦٣٣] .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٧٤ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

الوجه من شأنه تجميل المدينة التي يوجد فيها هذه الأحياء . وتوفير المساكن الصالحة لعدد كبير من السكان (١). ومن أمثلة هذه الشروط ما ألفت الحكومة إدراجه في عقود بيعها لأراضيها في أحياء معينة كالأزمالك والجزيرة ومنشية البكرى ، وكذلك بعض شركات الأراضي كشركة أراضي الجزيرة وشركة المعادي . فيلتزم المشتري بموجب هذه الشروط ألا يبنى على الأرض التي يشتريها سوى منزل واحد مخصص للسكنى ، وألا يتجاوز في الارتفاع بالمبنى خمسة عشر متراً . وأن يبعد بالبناء عن حافة الشارع مترين على الأقل ، وعن أى حد من الحدود الفاصلة بينه وبين القطع المجاورة ثلاثة أمتار على الأقل ، وألا يشغل بمسطح البناء الذي يقام على الأرض أكثر من نصف مساحتها ، وأن يراعى شروطاً صحية معينة في بناء المطابخ ومحلات الغسيل والمراحيض والمواسير المتصلة بها . وتنتهى قائمة هذه الشروط عادة بشرط يجرى على النحو الآتى : «الشروط الموضحة قبل ضرورة وجوهية للبيع . وللحكومة الحق في أى وقت كان في إجبار المشتري أو من يقوم مقامه باتباع تلك الشروط بوجه الدقة . وإلا وجب هدم ما بناه في الحال بمصاريف على طرفه » (٢) .

(١) وقد يقال إن العقد الذى يحتوى على هذه القيود والاشتراطات يعتبر من عقود الإذعان . وإذا صح التسليم بأنه فعلاً من عقود الإذعان ، فإن مؤدى ذلك أنه يجوز للقاضي تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة (م ١٤٩ مدنى) - ولما كانت الشروط المألوف إدراجها في مثل هذه العقود ترمى إلى تحقيق مصلحة الجميع على الوجه الذى يبينه ، فإنه يندر أن يرد بينها شروط تعسفية يصح للقاضي إلغاؤها . ولم يتهياً لمحكمة النقض أن تثبت في هذه المسألة المعينة ، ولكنها قررت في أحد أحكامها عدم جواز طرح المسألة لأول مرة أمامها إذا لم يسبق طرحها من قبل أمام محكمة الموضوع . فقضت بأن التمسك بأن قيود البناء الواردة في عقد البيع الصادر من الشركة المطعون عليها يعتبر من شروط الإذعان التى لا سبيل للمشتري عند توقيعه إلى المناقشة فيها لا يصح التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض ، مادام أنه لم يسبق طرحه من قبل أمام محكمة الموضوع (نقض مدنى ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢٩ ص ١٨٤) .

(٢) أنظر نص الشروط الخاصة بالبناء بأراضي الحكومة بالأزمالك وغرب البحر الأحمر : محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٦٩ هامش ١ . وانظر في الخلاف الذى كان قائماً في القضاء : مصر مستعجل ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٩ رقم ٣١٠ ص ٦٤٠ .

قضت بعض المحاكم ، في عهد التقنين المدني السابق ، بأن هذه الشروط ليست إلا التزامات شخصية ، لا يرتبط بها إلا مشتري الأرض نحو البائع ، وليست حقوق ارتفاق^(١) . وينبنى على تكييف هذه الشروط بأنها التزامات شخصية ، لاحقوق ارتفاق عينية ، مايتأتى : (أولاً) أن البائع وحده هو الذى يستطيع المطالبة بهذه الالتزامات وهو الذى يرتبط نحوه المشتري فأصبح وحده هو الدائن . ومن ثم لا يستطيع مشتر لقطعة أرض أن يطالب بهذه الالتزامات مشترياً لقطعة أرض أخرى ، إذ لا تقوم علاقة بين الاثنين ، وليس أى منهما دائناً للآخر . (ثانياً) والبائع لا يستطيع أن يطالب بتنفيذ هذه الالتزامات إلا المشتري منه مباشرة فهو الذى يرتبط معه بالعقد ، ولا يستطيع أن يطالب بتنفيذها المشتري من المشتري أو من تسلسل بعد هذا من المشترين ، إلا على أساس أنه خلف خاص للمشتري انتقلت إليه التزامات السلف . ولم يكن التقنين المدني السابق يسلم بانتقال الالتزام إلى الخلف الخاص . وإذا سلم التقنين المدني الجديد بانتقال الالتزام إليه ، فانه يشترط لذلك أن يكون هذا الخلف عالياً بهذا الالتزام وقت انتقال الأرض إليه (م ١٤٦ مدنى) . فيكفى إذن ، حتى لا ينتقل الالتزام ، أن يعجز البائع عن إثبات علم الخلف الخاص به . (ثالثاً) وإذا اقتصرنا على العلاقة فيما بين البائع والمشتري منه مباشرة . فان البائع يكون دائناً عادياً للمشتري . وإذا خالف المشتري الشروط . فقل أن يستطيع البائع أن يظفر بالتنفيذ العيني للالتزام . ويكفى لذلك أن يرهن المشتري الأرض مثلاً ، حتى يقدم الدائن المرتهن على البائع . (رابعاً) ومادام البائع هو الدائن وحده بهذه الشروط . فانه يستطيع أن يلزم بها مشترياً دون مشتر ، وله أن يتفق مع بعض المشترين على ما يخالفها .

(١) محكمة استئناف مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ المحماة ١٣ رقم ٢٠٦ ص ٤١١ - مصر الكلية ٣١ مايو سنة ١٩٢٧ مجلة كلية الحقوق ٢ ص ٨٥ - استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١٩ - أول مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢٨ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٧ - وقد استند هذا القضاء إلى أن كلمة «ارتفاق» لم ترد بعقود البيع ، ويصعب تأويل سكوت الشركة عن استعمال هذه الكلمة المألوفة الجارية بأنها أرادت مع ذلك تقرير هذا الحق . هذا إلى أن الارتفاقات من المسائل التى لا يجوز التوسع فيها . وقد أباحت الشركة لأحد المشترين ، فى مقابل مبلغ من المال مخالفة هذه الشروط ، ولو كان هناك ارتفاق لما صح ذلك ، ولما ملكت الشركة هذا الحق (محمد كامل موسى ٢ فقرة ٤٧٢) .

ولكن محاكم أخرى قضت بعكس ما تقدم ، وبأن هذه الشروط ليست التزامات شخصية ، بل هي حقوق ارتفاق عينية متبادلة بين جميع القطع المبيعة ، وهي تتبع العقار وتنتقل معه بالبيع إلى كل مشتري تال^(١) . وقد أيدت محكمة النقض ، في عهد التقنين المدني السابق ، هذا الرأي الأخير ، وقضت بأن الاشتراطات التي وضعتها الحكومة في عقد البيع وصفت في العقد ذاته بأنها حقوق ارتفاق وقيود (servitudes et restrictions) وهذه القيود والشرائط ، الموصوفة وصفها الحقيقي في عقد البيع ، مقررّة لتكاليف مستمرة ينطبق عليها نص المادة ٣٠ من التقنين المدني السابق . إذ كل قطعة تصبح بموجبها مرتفعاً بها لمنفعة سائر القطع ، تحقيقاً للغرض المنشود ، وهو تشييد دور ذات نظام خاص تتوافر فيها أسباب الراحة والهدوء ، ويتكون منها حي ممتاز يطيب المقام فيه^(٢) .

(١) استئناف مصر ٨ مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٩٧ ص ٨١٤ (وقالت المحكمة في أسباب حكمها إن هذا التعهد الفسخي من جانب البائعة ومن حل محلها بمراعاة الشروط المدونة في عقود البيع مستفاد في القضية الحالية منذ مبيع أول قطعة بشروط ما كان في الإمكان تحقيقها بدقة إلا بتضمينها المبيعات الأخرى . فنذ هذا الوقت انعقد اتفاق الطرفين الصريح على الأخذ في تنفيذ تلك الشروط بالتدرج إلى النهاية . فهناك إذن في صالح أرض المستأنف الحالي من جانب ، وعلى أراضي المستأنف عليهم الثلاثة الآخرين من جانب آخر ، حق ارتفاق بعدم البناء في منطقة خاصة ، وحق آخر بعدم تجاوز ارتفاع معين في البناء . ومن شأن هذه الحقوق أن توجد بينهم رابطة قانونية لانزاع فيها ، نحميها الدعوى العينية ، وتجعل للمستأنف الحق في رفع هذه الدعوى بطلب الإزالة ، وكذلك إذا لزم الحال بمطالبتهم بتعويضات) .

(٢) نقض مدني ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٤٨٧ ص ٩٨٧ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٨ رقم ١٨ (ورقم ١٩) . وانظر أيضاً نقض مدني ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢٩ ص ١٨٤ - ٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥ ص ٩٧ . وقد استند هذا القضاء إلى أن الشركة كانت ترمى إلى إنشاء حي جميل صحي ، وكانت لا تعمل لمصلحتها فحسب ، بل كانت تعمل بوجه خاص لمصلحة جماعة المشترين . ومن المؤكد أن المشترين كانوا يمتنعون عن الشراء لو كانوا يعلمون أن هذه القيود قد قررت فقط لمصلحة البائعة ، وأن حق المطالبة بتيفنذ هذه الشروط لا يكون إلا للشركة وحدها ، وهي الشركة التي إذا تم الغرض الذي من أجله قد انشئت لا بد أن تنقضي عاجلاً أو آجلاً . فالقصد المشترك لجميع المتعاقدين الداخليين في كل المشتريات التي تمت في تلك المنطقة ، وهو ترتيب حقوق ارتفاق متبادلة فيما بينهم ، مستفاد ضمناً وبطريقة يقينية من الظروف التي أدت إلى الاتفاقات التي تمت ، وكذلك من مجموع

وقد حسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف كما قدمنا ، فقرر في المادة ١٠١٨ مدني سالفه الذكر أن الأصل في هذه القيود والاشتراطات أن تكون حقوق ارتفاق على كل عقار لفائدة العقارات الأخرى ، وذلك ما لم يقض الاتفاق بغيره . فهناك إذن قرينة قانونية على أن هذه القيود والاشتراطات هي حقوق ارتفاق ، ولكنها قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس . وتكون الشركة البائعة قد رتبت حقوق ارتفاق على كل قطعة من الأرض لفائدة جميع القطع الأخرى . ففي بيع أول قطعة من هذه القطع ، اتفقت الشركة مع المشتري على ترتيب حقوق الارتفاق هذه على القطعة المباعة لفائدة جميع القطع الأخرى التي لم تبعها ولا تزال مملوكة لها ، كما رتبت حقوق الارتفاق نفسها على هذه القطع لفائدة القطعة المباعة . ثم لما باعت القطعة الثانية وهي من ضمن القطع التي تقرر لها وعليها حقوق الارتفاق ، باعتها للمشتري بما لها وعليها من حقوق الارتفاق هذه . ويمكن القول أيضاً بأن الشركة قد اشترطت على كل مشتري باعته له قطعة من الأرض ، لمصلحة جميع الذين سبقوه والذين سيتلون ، حقوق الارتفاق التي تضمنتها هذه الاشتراطات والقيود (١) . وعلى هذا النحو أصبحت كل قطعة محملة بحقوق ارتفاق لفائدة كل قطعة من القطع الأخرى ، وأصبح لها في الوقت ذاته نفس حقوق

العقود العديدة المتشابهة التي أبرمت عن هذه المنطقة وكلها بنماذج مطبوعة ذات صيغة واحدة ، وكذا من العرف الجاري في مثل هذه الأحوال . ولا يقبل القول بأن هذه الاشتراطات إنما هي تعهدات شخصية ، إذ لو كانت كذلك لما صلحت لتحقيق الغرض المقصود ، ولأدت إلى تجريد مالك الأرض أياً كان من كل سلاح للمدافعة عن حقه ، ولجعلته تحت رحمة البائع الذي قد لا تكون له مصلحة في وقت ما في طلب الإزالة ، وهذه النتيجة التي لا يمكن التسليم بها تكفي للدلالة على فساد هذه النظرية (محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٧٣) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « تعتبر قيود البناء هذه حقوق ارتفاق لفائدة العقارات المجاورة ، وقد تكون مفرغة في قالب الاشتراط لمصلحة الغير . ومهما يكن من أمر ، فإن لأصحاب العقارات المجاورة أن يطالبوا صاحب العقار المرتفق به بهذا الحق . وفي هذا تبسيط للموضوع ، دون حاجة للالتجاء إلى نظرية الاستخلاف فيما إذا كيفت هذه القيود بأنها التزامات شخصية تنتقل إلى الخلف الخاص » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣١) .

الارتفاق على كل قطعة من هذه القطع (١) . ويترتب على ذلك عكس النتائج التي استخلصناها من تكييف الشروط بأنها التزامات شخصية ، ويخلص من تطبيق المادة ١٠١٨ مدنى سالفه الذكر النتائج الآتية (٢) :

أولاً - لما كانت كل قطعة محملة بحقوق الارتفاق المشترطة ، فإن أى مشتر ، وقد اشترطت هذه الارتفاقات لمصلحة قطعتة ، يستطيع أن يطالب أى مشتر آخر بتنفيذ هذه الارتفاقات ، ولا يحتكر البائع وحده حق المطالبة بتنفيذها .

ثانياً - ويستطيع أى مشتر أن يطالب بتنفيذ الارتفاقات ، ليس فحسب أى مشتر لقطعة أخرى ، بل أيضاً المشتري من هذا المشتري ، وكذلك المشتري من المشتري الثانى ، وهكذا مهما تعاقب المشترون . ذلك بأن كل قطعة تنتقل من مشتر إلى آخر محملة بحقوق الارتفاق لفائدة أية قطعة من القطع الأخرى . وكذلك يستطيع مشتر من المشتري ، والمشتري الذى يخلفه مهما تعاقب المشترون . أن يطالب بتنفيذ الارتفاقات أى مالك لقطعة أخرى ذلك بأن كل قطعة تنتقل من مشتر إلى آخر بما لها من حقوق الارتفاق المقررة على أية قطعة من القطع الأخرى .

(١) وقد سائر التقنين المدنى الجديد بهذا النص الحكم الذى كان راجحاً فى عهد التقنين المدنى السابق ، والذى أخذت به محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد استعرض الشروط الواردة بعقد البيع الأصيل الصادر من الشركة المطعون فيها ، وما نص عليه فى قائمة الشروط الملحقة به من وجوب ترك منطقة فضاء تغرس بالنباتات بعرض ستة أمتار ، ومن أن هذا القيد يعتبر حق ارتفاق منقل لقطعة الأرض المبيعة ، وأنه فى حالة مخالفة المشتري لهذا القيد يكون للشركة الحق فى هدم ما يجريه المشتري فى هذه المنطقة الممنوع فيها البناء . ثم أشار الحكم إلى أن الشارع فيما استحدثه من نصوص المادة ١٠١٨ من القانون المدنى الجديد قد أقر اعتبار هذه القيود التى تحد من حق المالك فى البناء حقوق ارتفاق ، فإن هذا الذى قرره الحكم المطعون فيه لا يفيد أنه قد طبق القانون الجديد على واقعة الدعوى ، وإنما يدل على أن القانون الجديد قد تلاقى مع القانون القديم فى تكييف هذه القيود والاشتراطات . ومن ثم يكون النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون ، لإعماله أحكام القانون المدنى الجديد على نزاع نشأ عن تعاقد أبرم قبل العمل به ، فى غير محله (نقض مدنى ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢٩ ص ١٨٤ - وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥ ص ٩٧) .

(٢) انظر عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٩٠ - فقرة ٢٩١ - اسماعيل غانم ص ٢٨ .

ثالثاً - تجوز المطالبة بتنفيذ الارتفاقات تنفيذاً عينياً ، فاذا أقيم بناء مخالف لما تقرر في هذه الارتفاقات ، جازت المطالبة بهدمه على نفقة من أقامه ، وبالتعويض إن كان له مقتضى . ومع ذلك يجوز للقاضي الاقتصار على الحكم بالتعويض دون الهدم ، إذا رأى من ظروف القضية ما يبرر ذلك ، كأن كان البناء ضخماً قد تكلف نفقات كثيرة وكانت المخالفة يسيرة لم ينجم عنها ضرر كبير . وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ مدني فيما رأينا : « وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة باصلاحها عينياً ، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك »^(١) وقد طبق المشرع هذا النص ، في نطاق الحقوق العينية ، مبدأ سبق أن قرره في نطاق الحقوق الشخصية ، إذ نص في المادة ٢/٢٠٣ مدني في صدد التنفيذ العيني للحقوق الشخصية : « على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً »^(٢) .

رابعاً - لا يجوز للبائع أن يؤثر مشترياً على مشر آخر ، فيعفيه من الشروط المقررة أو من بعضها . ذلك بأن كل قطعة قد أصبحت ، على النحو الذي قدمناه ، مقرراً لها أو عليها حقوق الارتفاق التي تتضمنها هذه الشروط .

(١) وهذا أمر تقديري يترك لقاضي الموضوع . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بالزام الطاعن بإزالة المباني التي استحدثها في المنطقة المحظورة البناء عليها ، فإنه لا يجدي تمسكه بنص الفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ من القانون المدني الجديد ، طالما أن هذا النص يجعل الحكم بالإزالة أو التعويض أمراً تقديرياً لمحكمة الموضوع . وإذا كان الحكم المطعون فيه قرر أن الطاعن لا يناله من الحكم بالإزالة إرهاب أو ضرر جسيم ، فإن هذا يفيد أن الشركة المطعون عليها لم تكن متعسفة في طلب الإزالة (نقض مدني ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢٩ ص ١٨٤) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « والأصل المطالبة بتنفيذ هذه القيود عينياً ، ولكن قد يترتب على ذلك إرهاب صاحب العقار المرتفق به ، إذا طلب منه إزالة بناء ضخّم أقامه مخالفاً لما فرض عليه من القيود . فيجوز في هذه الحالة الاكتفاء بالتعويض ، إذا وجد القاضي أن هذا جزاء عادل فيه الكفاية . وقد سبق أن قرر المشروع ... هذه القاعدة في تنفيذ الالتزام إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين ، والآن ينتقل المشروع بالقاعدة من دائرة الحق الشخصي إلى دائرة الحق العيني (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣١) .

فلا يجوز باتفاق بين البائع وأحد المشتريين ، دون موافقة الباقي ، الإعفاء من هذه الحقوق كلها أو بعضها . وإنما يجوز ، إذا الف ملاك الأراضي مخالفة الشروط ودرجوا على ذلك مددا طويلة ، أن يفسر ذلك على أنه نزول ضمنى منهم عن حقوق الارتفاق ، أو على أن هذه الحقوق قد انتهت بعدم الاستعمال (١) .

المبحث الثاني

تخصيص المالك الأصلي

(Destination du père de famille)

٥٧٦ - نص قانوني : تنص المادة ١٠١٧ مدنى على ما يأتى :

١ - « يجوز فى الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضا بتخصيص من المالك الأصلي » .

٢ - ويكون هناك تخصيص من المالك الأصلي ، إذا تبين بأى طريق من طرق الإثبات أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة ،

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس فى القانون ما يمنع التنازل عن حقوق الارتفاق هذه من يملك التنازل عنها ، سواء كان التنازل صريحا أو ضمنيا إذا لم يشترط القانون لتحقيقه صورة معينة . ففى استخلصت محكمة الموضوع هذا التنازل ، ولو كان ضمنيا ، استخلاصا سائغا من وقائع تودى إليه ، فلا معقب على حكمها فى ذلك لتعلقه بأمر موضوعى . ولا يجوز القانون الحكم بالتعويض طبقا للفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ مدنى إلا فى الأحوال التى تجوز فيها المطالبة بإصلاح الضرر الناتج عن مخالفة القيود المفروضة عينا ، والتى ترى فيها المحكمة أن فى الحكم بالإصلاح عينا إرهابا لصاحب العقار المرتفق به . وإذن فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أنه لا حق للطاعنين فى طلب الإصلاح عينا لتنازلهما وغيرهما من أصحاب العقارات التى فرضت لمصلحتها تلك القيود فيها ، فإن رفض طلب التعويض لا يكون مخالفا للقانون (نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥ ص ٩٧) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان الجار الملاصق ، بعد أن أهمل عدد كبير من سكان الحى أو أغلب سكانه مراعاة القيود ، قد ارتكب هو أيضا مخالفتين ، فإن جاره يعذر إذا اعتقد أن الجار المخالف قد انضم إلى من سبقوه فى إهمال تلك الحقوق المتبادلة والتنازل عنها . فبئى بعده وارتكب مخالفة أيضا ولو من جنس آخر ، لأن العبرة بوقوع المخالفات لا بنوعها . وإزالة ذلك الجار للمخالفتين اللتين وقعتا منه فيما بعد لا يفيد ، بعد أن ترتب لجاره حق اعتبار أن حقوق الارتفاق قد زالت وبني منزله فعلا (استئناف مصر ١٢ أبريل سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٥٠ ص ٩١) .

فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين . ففي هذه الحالة إذا انتقل العقاران إلى أيدي ملاك مختلفين دون تغيير في حالتهما ، عد الارتفاق مرتباً بين العقارين لهما وعليهما ، ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك » (١) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري لا مقابل - وفي التقنين المدني الليبي م ١٠٢٠ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٧٣ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٣) .

٥٧٧ - كيف يرتب من الارتفاق تفصيلاً المالك الأصلي وعلى أي

أساس يقوم : ويتبين من نص المادة ١٠١٧ مدني سالف الذكر أن حق الارتفاق

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى قد اشتمل في الفقرة الثانية على كلمة « بناء » فذكر أن « مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما بناء أو علامة ظاهرة أخرى » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١١٠١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٩٨ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت كلمة « بناء » « لأن العلامة الظاهرة التي تدل على حق الارتفاق تشمل البناء ، وقد يكون التخصيص بالبناء أكثر ما يمتد إليه قصد المشرع » ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١٠١٧ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٧ - ص ٦٣٠) .

(٢) التقنين المدني السابق - أحكام قضائية تؤيد النص : نقض مدني ٢٤ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٤٢ ص ٨١ - استئناف مصر ٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧١ ص ٧٥٤ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٩٦ ص ١٢٤ - استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٤ - ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٣١ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨١ - أول أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١٩ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٣ - ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٨٠ - ٢٣ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٦٤ - ١٣ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٧ - ولكن قارن استئناف مختلط ٧ يونيو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٤١ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٧٣ (مطابق) - وقد

ورد في نص التقنين العراقي كلمة « بناء » .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

الظاهر يترتب بتخصيص المالك الأصلي ، إذا كان هذا المالك يملك عقارين منفصلين ، وقد جعل أحدهما يخدم الآخر كما لو كان على العقار الأول حق ارتفاق لفائدة العقار الآخر ، وجعل لهذه الخدمة علامة ظاهرة . وإلى هنا لا يمكن أن يقوم حق ارتفاق لأن العقارين مملوكان لمالك واحد (*nemini res sua servit*) ، ولكن إذا أصبح العقاران مملوكين لمالكين مختلفين ، مع بقاءهما على هذا الوضع ، فإن المفروض أن هذين المالكين المختلفين باستبقائهما هذا الوضع قد أرادا أن يبرز حق الارتفاق إلى الوجود . وقد كان هذا الحق كامنا (*servitude causale*) في الوضع السابق للعقارين ، وكان يعطله عن الظهور أن العقارين مملوكان لمالك واحد . أما وقد أصبحتا مملوكين لمالكين مختلفين ، فلم يعد هناك ما يمنع من ظهور حق الارتفاق ، فينشأ هذا الحق (*servitude formelle, véritable*) من وقت اختلاف المالك .

فاذا كان شخص يملك أرضا وقد بنى في وسطها منزلا فتح فيه مطلات تطل على الأرض من جميع جوانبها ، فانه يكون بذلك قد خصص كل جانب من الأرض لخدمة المنزل بفتح هذه المطلات . فاذا باع جانبا من هذه الأرض والمطلات مفتوحة عليها في غير المسافة القانونية ، فان المشتري ، بارتضائه الشراء والأرض على هذا الوضع ، يكون قد ارتضى ضمنا أن يبرز إلى الوجود حق الارتفاق بالمطل الذي كان كامنا . فيكون للمنزل حق ارتفاق بالمطل على الجانب المبيع من الأرض ، وقد نشأ هذا الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي ، أى بالوضع السابق الذى هيأه المالك الأصلي وارتضى به المشتري دون أن يعترض . وإذا كان شخص يملك قطعتي أرض متجاورتين في إحداها مسقاة ، وقد حفر قناة تأخذ المياه من المسقاة وتوصلها إلى القطعة الأخرى لربها ، فانه يكون بذلك قد خصص قطعة الأرض التي فيها المسقاة لخدمة القطعة الأخرى . فاذا باع القطعة الأولى وهى على هذا الوضع بالنسبة إلى القطعة الأخرى ، فان المشتري ، بارتضائه الشراء والقطعة على هذا الوضع ، يكون قد ارتضى ضمنا أن يبرز إلى الوجود حق الارتفاق بالشرب الذى كان كامنا . فيكون للقطعة الأخرى التي استبقاها المالك حق ارتفاق بالشرب على القطعة

الأولى التى باعها ، وقد نشأ هذا الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي ، أى بالوضع السابق الذى هياه المالك الأصلي وارتضى به المشتري دون أن يعترض. وإذا كان شخص يملك منزلا ويملك قطعة أرض فضاء مجاورة للمنزل ، وقد عبد طريقا فى هذه الأرض يمر منه سكان المنزل ليصلوا إلى الطريق العام ، ورصف هذا الطريق أو حدده بعلامات ظاهرة ، فانه يكون بذلك قد خصص الأرض لخدمة المنزل ، بشقه طريقا فى الأرض وجعله مخصصا للمرور . فاذا باع الأرض وهى على هذا الوضع بالنسبة إلى المنزل ، فان المشتري ، بارتضائه الشراء والأرض على هذا الوضع ، يكون قد ارتضى ضمنا أن يبرز إلى الوجود حق الارتفاق بالمرور الذى كان كامنا . فيكون للمنزل حق ارتفاق بالمرور على الأرض ، وقد نشأ هذا الاتفاق بتخصيص المالك الأصلي ، أى بالوضع السابق الذى هياه المالك الأصلي وارتضى به المشتري دون أن يعترض (١) .

ويخلص من الفروض التى قدمناها أن حق الارتفاق الذى ينشأ بتخصيص المالك الأصلي ، إنما ينشأ بموجب اتفاق ضمنى بين المالكين المختلفين للعقارين منذ أن أصبح العقاران مملوكين لمالكين مختلفين . فيكون الأساس الذى يقوم عليه الارتفاق فى هذه الحالة . أى سبب نشوء حق الارتفاق . هو هذا الاتفاق الضمنى . والاتفاق الضمنى ليس إلا عقدا ، أى تصرفا قانونيا . فالارتفاق الذى ينشأ بتخصيص المالك الأصلي إنما ينشأ بموجب تصرف قانونى (٢) . ولذلك جعلنا الكلام فى تخصيص المالك الأصلي يعقب مباشرة الكلام فى التصرف القانونى كسبب لكسب حق الارتفاق (٣) .

(١) ومن هنا كانت إرادة المالك الأصلي هى البارزة ، وقد اقترن بها قبول مفترض من جانب المشتري (عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٠٠) .
هذا وإنشاء حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي لم يكن معروفاً فى القانون الرومانى . وبدأ فى القانون الفرنسى القديم ، بأن أقره بعض العادات القديمة فى فرنسا (مازو فقرة ١٧٢١ ص ١٣٥٦) .

(٢) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٦٦ ص ٩٤٦ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « ويدخل فى الاتفاق الضمنى لكسب حق الارتفاق ما يسمى بتخصيص المالك الأصلي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٩) .

٥٧٨ - الشروط الواجب توافرها لترتيب الارتفاق بتخصيص المالك

الأصلي : ويتبين أيضاً مما قدمناه أن هناك شروطاً أربعة يجب توافرها حتى يترتب الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي : (١) وجود عقارين مملوكين لمالك واحد . (٢) جعل هذا المالك الواحد أحد العقارين يخدم بالفعل العقار الآخر . (٣) وضع علامة ظاهرة لذلك . (٤) صيرورة العقارين مملوكين لمالكين مختلفين . فمضى توافرت هذه الشروط ، نشأ حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي ، وعدم مرتباً لأحد العقارين على العقار الآخر (١) .

وهذه الشروط الأربعة كلها وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ولا تشترط الكتابة لإثباتها . فمن يدعى أن حق ارتفاق ترتب لفائدة عقاره على عقار آخر ، عليه أن يثبت توافر الشروط الأربعة التي تقدم ذكرها . وله أن يثبتها كلها بجميع طرق الإثبات ، ويدخل في ذلك البيئة والقرائن . وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠١٧ مدني في صدرها كما رأينا (٢) : « إذا تبين بأي طريق من طرق الإثبات ... » (٣) .

ونستعرض الآن الشروط الأربعة على التعاقب .

§ ١ - وجود عقارين مملوكين لمالك واحد

٥٧٩ - عقاراه منفصلونه لمالك واحد : وهذا هو الفرض الغالب ، فيكون مالك واحد مالكا لعقارين منفصلين : أرضين منفصلتين . أو بنائين منفصلين ، أو أرض وبناء . وليس من الضروري أن يكون هذان العقاران

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١٠١٧ مدني تقضي بأن على من يتمسك بأنه اكتسب حق ارتفاق بتخصيص المالك الأصلي أن يثبت أن العقار المملوك له والعقار الذي يدعى أنه اكتسب حق ارتفاق عليه كانا مملوكين لمالك واحد ، وأنه في أثناء اجتماع ملكية العقارين أقام المالك الأصلي علاقة تبعية بينها من شأنها أن تعتبر ارتفاقاً ظاهراً لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين ، وأن هذه العلاقة استمرت بين العقارين إلى ما بعد انفصال ملكيتهما ، وذلك ما لم يتضمن التصرف الذي ترتب عليه انفصال ملكية العقارين شرطاً صريحاً يخالف ذلك (نقض مدني ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ رقم ٤٨ ص ٣١٢) . وانظر مصر مستعجل ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٩ رقم ٣١٠ ص ٦٤٠ .

(٢) انظر آنف فقرة ٥٧٦ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٩ .

متلاصقين ، وإن كان يغلب أن يكون هناك تلاصق . فيصح أن يكون أحد العقارين غير ملاصق للعقار الآخر ، ولكن المالك مع ذلك هيا أحدهما لخدمة الآخر للمروور مثلا (١) .

٥٨٠ - **مزاياه من عقار واحد** : وليس من الضروري أن يكون هناك

عقاران مستقلان منفصل كل منهما عن الآخر ، بل يصح أن يكون هناك عقار واحد يجرته ماله إلى قسمين ، ويهيء أحد القسمين لخدمة القسم الآخر . فإذا كان شخص يملك أرضا زراعية واسعة ، وقد أنشأ في جانب منها مسقاة لرى كل الأرض ، ثم باع الجزء من الأرض الذي لا توجد فيه المسقاة ، جاز للمشتري أن يتمسك بنشوء حق ارتفاق بالشرب للجزء الذي اشتراه مصدره تخصيص المالك الأصلي . ذلك أن مالك الأرض ، عندما جزأها على هذا النحو وهي كلها تروى من مسقاة واحدة ، يكون قد خصص الجزء الذي فيه المسقاة لخدمة الجزء الآخر . ويكون في حكم من يملك عقارين منفصلين خصص أحدهما لخدمة الآخر ، وللمشتري أن يتمسك بهذا التخصيص فيكون للجزء الذي اشتراه حق ارتفاق بالشرب على الجزء الآخر ، ما دام المالك لم ينص صراحة في عقد البيع على غير ذلك (٢) .

§ ٢ - **ميل المالك الواحد أحد العقارين يخدم بالفعل العقار الآخر**

٥٨١ - **ميل أحد العقارين في وضع يخدم فيه بالفعل العقار الآخر** :

ويجب أن يقوم بين العقارين (أو بين جزأى العقار) وضع يستفاد منه في وضوح أن أحدهما يخدم الآخر فعلا . فيجعل أحدهما على نحو نهائى ودائم يتحمل تكليفا معينة لفائدة العقار الآخر ، بحيث أن الارتفاق ، وإن لم يبرز وجوده بعد من الناحية القانونية بسبب اتحاد المالك ، يكون مؤديا لمهمته الاقتصادية تأدية تامة (٣) . ففتح مظل لأحد العقارين على العقار الآخر في غير المسافة القانونية يوفر للارتفاق فعلا أن يؤدي مهمته الاقتصادية على وجه كامل نهائى

(١) بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٧ - مازو فقرة ١٧٢١ ص ١٣٥٦ - نقض

فرنسى ٧ يولييه سنة ١٩٣٧ سيرييه ١٩٣٧ - ١ - ٢٩٥ .

(٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٢ ص ١١٧ - بودرى وشوفو فقرة ١١١٦ - بلانيول

وريير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٧ .

(٣) بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٨ ص ٩٩٧ .

دائم ، وإن لم يكن للارتفاق وجود قانوني بعد . وأخذ المياه بواسطة قناة من مسقاه موجودة في أحد العقارين لرى العقار الآخر يجعل هذا العقار الآخر متمتعاً بالفعل بارتفاق الشرب ، وإن لم يتمتع به قانوناً بعد . وتعييد طريق ورصفه في أحد العقارين لخدمة العقار الآخر يجعل هذا العقار الآخر متمتعاً بالفعل بارتفاق المرور ، وإن لم يوجد هذا الارتفاق قانوناً بسبب اتحاد المالك . وفي جميع هذه الفروض يظهر في جلاء ووضوح أن المالك أراد على وجه لا يحتمل الشك إخضاع أحد العقارين لخدمة للعقار الآخر خدمة نهائية دائمة ، بحيث أنه لو لا اتحاد المالك لكان هناك ارتفاق قانوني مكان هذا الارتفاق الفعلي . وهو الآن كامن (*à l'état latent, servitude causale*) في الوضع القائم ما بين العقارين ، ولا ينتظر إلا أن يختلف المالك لكل من العقارين حتى يبرز ويصبح ارتفاقاً قانونياً (*servitude formelle, véritable*) بعد أن تكاملت له أسبابه .

ويترتب على ما تقدم أنه إذا كان الوضع الفعلي للعقارين لا يستفاد منه على سبيل اليقين أن المالك الأصلي أراد إخضاع أحد العقارين لخدمة العقار الآخر على وجه مستقر نهائي دائم ، فإن الشرط لا يتوافر ، ولا يعود هناك محل للقول بنشوء حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي . فاذا تبين مثلاً أن المالك الأصلي إنما قصد بالوضع الذي أنشأه فيما بين العقارين توفير أسباب الرفاهة لنفسه أو الوفاء بحاجة شخصية له ، ولم يقصد إخضاع أحد العقارين لخدمة العقار الآخر على سبيل الارتفاق الدائم ، لم يكن هذا كافياً للقول بتوافر هذا الشرط . فقد يكون المالك قد أنشأ ممراً بين مترلين يملكهما ويسكنهما معاً لتيسر التنقل من منزل إلى آخر ، أو يكون قد أنشأ ساحة للألعاب الرياضية في الأرض التي يملكها مجاورة لمنزله لاستعماله الشخصي هو وذويه ، أو يكون قد أنشأ ممراً في الأرض التي يملكها مجاورة لمنزله ليعبر منه إلى محل عمله الشخصي . فلا يكون في هذه الأوضاع ما يستفاد منه أنه قصد إخضاع أحد العقارين لخدمة الآخر على وجه دائم ، إذ أن الظاهر أنه إنما قصد استيفاء خدمة شخصية لنفسه لا للعقار (١) ، وعلى نحو موقت لا على نحو دائم . وقاضى الموضوع هو الذي

يبت ، دون رقابة عليه من محكمة النقض ، فيما إذا كان الوضع الذى أنشأه المالك قد قصد به خدمة شخصية مؤقتة ، أو قصد به إخضاع أحد العقارين لخدمة العقار على وجه دائم (١) .

٥٨٢ - المالك الأصلي للعقارين هو الذى أنشأ الوضع الفعلى القائم :
ويجب أن يكون المالك الأصلي للعقارين هو الذى أنشأ الوضع الفعلى القائم ، أو فى القليل يكون قد استبقاه كما هو بعد أن تلقاه قائماً . ويتحقق الفرض الأخير فيما إذا سبق للعقارين أن كانا مملوكين لمالكين مختلفين ، وكان حق ارتفاق مقررًا لأحدهما على الآخر ، ثم أصبحا مملوكين لمالك واحد فزال حق الارتفاق باتحاد الذمة ، ومع ذلك استبقى المالك الجديد الوضع الفعلى للارتفاق قائماً كما كان (٢) .

فإذا كان الذى أنشأ الوضع الفعلى ليس هو المالك للعقارين ، أو نائب عنه مفوض فى ذلك ، بل أنشأه مستأجر للعقارين أو صاحب حق انتفاع على كل منهما ، فليس هذا بتخصيص المالك الأصلي ، لأن المالك الأصلي وحده هو الذى يملك إنشاء وضع يترتب عليه نشوء حق ارتفاق على أحد العقارين لفائدة العقار الآخر . وهو وحده الذى يمثل مصلحة كل من العقارين (٣) .
وإذا كان الذى أنشأ الوضع الفعلى هو المالك للعقارين . ولكنه كان يملك أحدهما أو كليهما بسبب قابل للفسح أو للإبطال أو للنقض ، ثم فسخت ملكيته أو أبطلت أو نقضت . فإن الأثر الرجعى لزوال ملكيته على هذا الوجه يجعله غير مالك للعقار أو للعقارين معاً وقت أن أنشأ الوضع الفعلى القائم ، ومن ثم لا يعتد بهذا الوضع (٤) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٨ ص ٩٤٨ .

(٢) ويتحقق أيضاً فيما إذا كان الذى أنشأ الوضع الفعلى ليس هو المالك ، بل كان مستأجراً أو كان صاحب حق انتفاع ، ثم رجع العقاران إلى حيازة المالك فاستبقى الوضع الفعلى القائم كما هو .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١١١٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٩ - اسماعيل غانم ص ٣٤ .

(٤) بودرى وشوفو فقرة ١١١٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٩ - اسماعيل غانم ص ٣٤ .

وإذا كان هناك عقاران مملوكان على الشيوع لشريكين ، وكان الشريكان هما اللذان أنشأ الوضع الفعلي القائم ، ثم حصلت القسمة فاخص كل من الشريكين بعقار ، لم يعتد بالوضع الفعلي الذي أنشأه وقت أن كانا مالكين على الشيوع فإن الأثر الرجعي للقسمة جعل كلا منهما غير مالك للعقار الذي لم يختص به وقت إنشاء الوضع الفعلي ، فلم ينشأ هذا الوضع مالك واحد للعقارين معاً . والذي كان يملك إنشاء الوضع الفعلي في هذه الحالة هو المالك الأصلي للعقارين معاً ، قبل أن تنتقل ملكيتهما إلى الشريكين على الشيوع (١) .

§ ٣ - وضع علامة ظاهرة تكشف عن الوضع الفعلي

٥٨٣ - الارتفاق الظاهر ومده هو الزى يكسب بتخصيص المالك الأصلي

ولا يكسب بتخصيص المالك الأصلي إلا حق الارتفاق الظاهر ، وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٠١٧ مدني على ذلك صراحة ، كما رأينا (٢) ، إذ تقول : « يجوز في الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضاً بتخصيص من المالك الأصلي » . والارتفاق الظاهر هو ، كما قدمنا (٣) ، ارتفاق ينشأ عن وجوده أعمال خارجية كباب أو نافذة أو مجرى .

ولما كان يشترط أن يكون الارتفاق الذي يكسب بتخصيص المالك الأصلي ارتفاقاً ظاهراً كما قدمنا ، أي أن تكون له علامة ظاهرة ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠١٧ مدني صراحة . كما رأينا (٤) ، على أن « يكون هناك تخصيص من المالك الأصلي ، إذا تبين ... أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة ... » . فالارتفاق لا ينشأ بتخصيص المالك الأصلي إلا إذا كانت له علامة ظاهرة . كنافذة يفتحها المالك الأصلي في حائط أحد العقارين في غير المسافة القانونية لتطل على العقار الآخر فتكون النافذة علامة ظاهرة على الارتفاق بالمطل ، وكقناة يحفرها لتجري فيها مياه مسقاة منشأة في أحد العقارين لتروي العقار الآخر فتكون القناة علامة ظاهرة على الارتفاق بالشرب ،

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٩ - وقارن اسماعيل غانم ص ٣٤ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٧٦ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٥٥ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٥٧٦ .

وكطريق معيد مرصوف في أحد العقارين ليكون عمرا للعقار الآخر فيكون هذا الطريق المعيد المرصوف علامة ظاهرة على الارتفاق بالمرور .

٥٨٤ - وجوب بقاء الصلابة الظاهرة إلى وقت أنه يملك العقارين

مالكان مختلفان : ولا تكفي إقامة العلامة الظاهرة على النحو الذي قدمناه ، بل يجب أيضا أن تبقى هذه العلامة إلى الوقت الذي ينشأ فيه حق الارتفاق قانونا بأن يملك العقارين مالكان مختلفان . ذلك بأن حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي إنما يقوم ، كما قدمنا (١) ، على أساس أن هناك اتفاقا ضمنيا بين المالكين للعقارين على إنشاء هذا الحق ، وأن العلامة الظاهرة على الوضع الفعلي الذي ترتب عليه حق الارتفاق هي الشاهدة على وجود هذا الاتفاق الضمني . فقد رآها مالك العقار المرتفق به ظاهرة أمامه ، واستخلص من ظهورها مغزاها . ولم يعترض على ذلك . فهو اذن قد رضى رضاء ضمنيا بنشوء حق ارتفاق على عقاره . ولا يسلم هذا المنطق إلا إذا كانت العلامة الظاهرة ظلت باقية إلى الوقت الذي انتقلت فيه ملكية العقار المرتفق به إلى مالك هذا العقار . فبقيت ماثلة أمامه . ولم يبد اعتراضا على ما يستخلص من بقائها قائمة (٢) .

٥٨٥ - يكفي أنه يكون الارتفاق ظاهرا ولا يشترط أنه يكون مستمرا :

وكل ما يتطلبه التقنين المدني المصري الجديد ، لكسب الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي ، أن يكون الارتفاق ظاهرا على النحو الذي قدمناه . ولا يشترط إلى جانب ذلك أن يكون مستمرا (٣) . أما التقنين المدني الفرنسي فيشتمل على نصين . أحدهما يتطلب في الارتفاق أن يكون مستمرا ظاهرا حتى يكسب بتخصيص المالك الأصلي ، والآخر لا يشترط في الارتفاق إلا أن يكون ظاهرا حتى يمكن كسبه بهذا السبب . فقد نصت المادة ٦٩٢ مدني فرنسي على أن « تخصيص المالك الأصلي يكون سببا لكسب الارتفاقات المستمرة الظاهرة » .

(١) انظر آند فقرة ٥٧٧ .

(٢) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٦٨ ص ٩٤٨ .

(٣) وكان القضاء ، في عهد التقنين المدني السابق ، يشترط الظهور والاستمرار (استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٣١ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨١ - أول أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢١٩) .

ثم نصت المادة ٦٩٤ مدني فرنسي على أنه « إذا تصرف مالك العقارين ، اللذين تقوم بينهما علامة ظاهرة على حق ارتفاق ، في أحد هذين العقارين دون أن يرد في العقد اتفاق في شأن حق الارتفاق ، فإن الارتفاق يستمر موجودا إيجابا أو سلبا ، لفائدة العقار المتصرف فيه أو على العقار المتصرف فيه » (١). ولم ينقل التقنين المدني المصري الجديد عن التقنين المدني الفرنسي هذين النصين المتعارضين . بل اكتفى بنص واحد هو المادة ١٠١٧ مدني ، وهي لا تتكلم إلا عن الارتفاق الظاهر ، فيجوز كسبه بتخصيص المالك الأصلي سواء كان مستمرا أو غير مستمر . فلا يوجد إذن فرق ، في التقنين المدني المصري الجديد ، بين الارتفاق المستمر والارتفاق غير المستمر ، فكلاهما يكسب بتخصيص المالك الأصلي ما دام ارتفاقا ظاهرا .

٥٨٦ - الارتفاق السلبي لا يكسب بتخصيص المالك الأصلي : ولما كان

يشترط في كسب الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي أن يكون الارتفاق ظاهرا كما قدمنا ، فإنه يخلص من ذلك أن الارتفاق السلبي لا يجوز كسبه بهذا السبب . ذلك بأن الارتفاق السلبي يكون دائما ارتفاقا غير ظاهر كما سبق القول (٢) ،

(١) وقد اختلفت الآراء ، في الفقه الفرنسي ، في الطريقة التي يمكن بها التوفيق بين هذين النصين المتعارضين . والرأي الذي رجح في كل من القضاء والفقه في فرنسا هو أن الارتفاق المستمر الظاهر يكسب بتخصيص المالك الأصلي ، دون حاجة إلى تقديم السند الذي فصل ما بين ملكية العقارين . إذ يفترض ، بفضل استمرار الارتفاق وظهوره ، أنه باق بعد الفصل ما بين ملكية العقارين ، وأنه لم يرد في السند الذي فصل ما بين ملكية العقارين نص يخالف ذلك . فإذا تمسك ذو المصلحة بأن النص المخالف موجود في السند ، فعليه هو أن يثبت ذلك . أما الارتفاق الظاهر غير المستمر فإنه يكسب أيضاً بتخصيص المالك الأصلي ، ولكن بشرط تقديم السند الذي يفصل ما بين ملكية العقارين وإثبات أنه لم يرد في هذا السند نص يخالف . ذلك أن الارتفاق الظاهر غير المستمر أضعف في قوة الاستقرار من الارتفاق الظاهر المستمر ، فلزم تقديم السند الذي يفصل ما بين ملكية العقارين للثبوت من عدم نفيه للارتفاق ، فيكون في عدم النفي إقرار ضمني لهذا الحق . انظر في هذه المسألة أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٢ ص ١١٩ - ص ١٢٠ وهامش ٩ - بودري وشوفو فقرة ١١٢١ - فقرة ١١٢٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٢ - فقرة ٩٧٤ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٣٧٥٣ - كولان وكايتان لدى لامورانديير ١ فقرة ١١٢٢ - مازو فقرة ١٧٢١ ص ١٣٥٧ - ص ١٣٥٨ - مارتى ورينو فقرة ١٥٧ ص ١٧٦ - كاربونيه ص ١٧٨ - ١٧٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٥٦ .

ولا يمكن أن توجد له علامة ظاهرة ، ومن ثم لا يجوز كسبه بتخصيص المالك الأصلي .

وعلى ذلك لا يجوز أن يكسب بتخصيص المالك الأصلي حق الارتفاق بعدم البناء ، وحق الارتفاق بعدم تعلية البناء لأزيد من ارتفاع معين ، وحق الارتفاق بعدم البناء في أزيد من مساحة رقعة معينة ، وحق الارتفاق بالرؤية ، وحق الارتفاق بعدم الحفر للكشف عن المياه الجوفية ، وغير ذلك من حقوق الارتفاق السلبية (١) .

§ ٤ ضرورة العقارين مملوكين لمالكين مختلفين

٥٨٧ - كيف يصير العقاران مملوكين لمالكين مختلفين : بمجرد أن يصير العقاران ، وقد كانا مملوكين لمالك واحد كما قدمنا ، مملوكين لمالكين مختلفين ، ينشأ حق الارتفاق على أحد العقارين لفائدة العقار الآخر ، ويكون سبب نشوئه هو تخصيص المالك الأصلي (٢) . وقد رضى بهذا التخصيص ، المالك الآخر الذي تعاقد مع المالك الأصلي . أو المالكان المختلفان اللذان تعاقدتا مع المالك الأصلي . والرضاء ضمنى لأن أحدا منهما لم يعترض على هذا التخصيص ، مع ظهوره ومع أنه قاطع في أن المقصود هو إنشاء هذا الارتفاق . وقد قدمنا (٣) . أن تخصيص المالك الأصلي يقوم في أساسه على اتفاق ضمنى ، فينشأ حق الارتفاق بموجب هذا الاتفاق . أى بموجب تصرف قانوني .

ويصير العقاران مملوكين لمالكين مختلفين ، فينشأ حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي . إذا انتقلت ملكية أحد العقارين لشخص غير المالك الأصلي ، أو انتقلت ملكية كل من العقارين لشخصين مختلفين ، وذلك بأي سبب من

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٧٠ .

(٢) وقد قضى بأن علاقة التبعية التي أوجدها المالك بين العقارين لا تشكل ارتفاقاً بالمعنى القانوني إلا عند ما يصبح العقاران مملوكين لشخصين مختلفين ، ومن هذا الوقت فقط . أما قبل ذلك فإن هذه العلاقة ، وإن كانت تقوم فعلاً ، لا تعتبر ارتفاقاً وذلك لما يتطلبه القانون في أن يكون مرتباً على عقار لفائدة عقار آخر يملكه شخص آخر (نقض مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢١٨ ص ١٣٩٣) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٧٧ .

أسباب انتقال الملكية (١) . فيجوز أن ينقل المالك الأصلي ملكية أحد العقارين (أو ملكية جزء من أجزاء العقار الواحد) لشخص آخر بعقد معاوضة ، كالبيع والمقايضة والوفاء بمقابل ، أو بتصرف تبرعى ، كالهبة الوصية . ففي جميع هذه الأحوال يصير العقاران مملوكين لمالكين مختلفين ، المالك الأصلي والشخص الذى انتقلت إليه ملكية العقار الآخر . بل يجوز أن تنتقل ملكية أحد العقارين لشخص آخر عن طريق نزع الملكية جبراً للمنفعة العامة ، أو عن طريق بيعه فى المزاد الجبرى تنفيذا لدين فى ذمة المالك الأصلي (٢) . ويجوز أخيراً أن تنتقل ملكية أحد العقارين لشخص آخر عن طريق الشفعة ، أو عن طريق انتقادم المكسب (٣) .

ويجوز كذلك أن ينقل المالك الأصلي ملكية العقارين معاً إلى مالكين مختلفين ، إما بعقد معاوضة كالبيع والمقايضة والوفاء بمقابل ، أو بتصرف تبرعى كالهبة والوصية . وكذلك يصير العقاران مملوكين لمالكين مختلفين إذا مات المالك الأصلي واقتسمت الورثة تركته ، فالعقاران بموجب الميراث والقسمة إلى وارثين كل منهما يختص بعقار من العقارين (٤) .

٥٨٨ - عدم نشوء حق الارتفاق عند وجود شرط صريح يقضى بعدم

نشوءه : وقد رأينا (٥) أن العبارة الأخيرة من المادة ١٧١٠/٢ ملغى تقضى ، عند انتقال العقارين إلى مالكين مختلفين . بنشوء حق الارتفاق « ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك » . والشرط الصريح الذى يقضى بعدم نشوء حق الارتفاق يكون موجوداً فى السند الذى جعل العقارين مملوكين للمالكين مختلفين . كالبيع أو الهبة أو الوصية أو شروط البيع بالمزاد الجبرى أو غير ذلك

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٢٢ ص ١١٨ - بودرى وشوفو فقرة ١١١٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٠ .

(٢) نقض فرنسى ١٩ يونيه سنة ١٨٦١ سيريه ٦٣ - ١ - ١٣٣ - ١٠ نوفمبر سنة ١٨٩٧ داللو ٩٨ - ١ - ١٧٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٠ .

(٣) انظر فى كسب ملكية أحد العقارين بالتقادم المكسب : أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٢ ص ١١٨ - بودرى وشوفو فقرة ١١١٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٠ .

(٤) نقض فرنسى ٢٧ مارس سنة ١٨٦٦ داللو ٦٦ - ١ - ٣٣٩ - ٢٢ أغسطس سنة ١٨٨٢ سيريه ٨٣ - ١ - ١٢٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٠ .

(٥) انظر آنفاً فقرة ٥٧٦ .

من الأسباب التي جعلت أحد العقارين مملوكا لمالك آخر ، أو جعلت العقارين معا مملوكين لمالكين مختلفين ، على النحو الذي بسطناه فيما تقدم (١) .

فاذا كان هناك عقاران مملوكان لمالك واحد ، وعبد المالك في أحد العقارين طريقا ورصفه ليكون ممرا للعقار الآخر ، ثم باع العقار الذي انشأ فيه الطريق المعبد المرصوف لشخص آخر ، فقد قدمنا أنه بهذا البيع ينشأ حق ارتفاق بالمرور على العقار المبيع لفائدة العقار الذي استبقاه المالك الأصلي . وليس على المالك الأصلي ، لإثبات نشوء حق الارتفاق لفائدة العقار الذي استبقاه ، أن يفعل أكثر من أن يطلب الرجوع إلى وضع العقارين أحدهما بالنسبة إلى الآخر ، وإلى وجود علامة ظاهرة لحق المرور هي هذا الطريق المعبد المرصوف . فاذا أنكر عليه المشتري للعقار الآخر نشوء حق الارتفاق . فعلى هذا المشتري أن يقدم عقد البيع ، وأن يثبت أنه قد ورد في هذا العقد شرط صريح يقضي بأنه لا يعتد بهذه العلامة الظاهرة . وأن المشتري قد اشترى العقار خاليا من حق ارتفاق بالمرور لفائدة العقار الذي استبقاه المالك الأصلي . فاذا لم يقدم المشتري عقد البيع ، أو قدمه ولم يكن فيه هذا الشرط الصريح السالف الذكر . سلم للمالك الأصلي دعواه من نشوء حق ارتفاق بالمرور على العقار المبيع لفائدة العقار الذي استبقاه . وسكوت عقد البيع عن علامة الطريق الظاهرة . وعدم تعرضه لنفي دلالتها من وجود حق ارتفاق بالمرور . إقرار من المشتري بأنه قبل قبولا ضمنيا بنشوء حق الارتفاق . وكذلك يكون الحكم لو أن حق الارتفاق الذي نشأ بتخصيص المالك الأصلي هو حق ارتفاق بالمطل ، وقد دلت عليه علامة ظاهرة هي فتح نافذة في غير المسافة القانونية . فاذا أراد المشتري للعقار المرتفق به نفي وجود هذا الارتفاق . فعليه أن يقدم عقد البيع ، وأن يثبت أنه قد ورد في هذا العقد شرط ينفي وجود ارتفاق بالمطل . ونرى من ذلك أنه سواء كان الارتفاق الذي نشأ بتخصيص المالك الأصلي ارتفاقا ظاهرا غير مستمر كحق المرور ، أو ارتفاقا ظاهرا مستمرا كحق المطل . فإن الحكم واحد . ففي الحالتين لا يكلف المالك الأصلي بتقديم عقد البيع . ويبقى على دعواه من نشوء حق ارتفاق بالمرور أو بالمطل ، إلى أن يقدم

المشترى عقد البيع ويثبت أنه قد ورد في هذا العقد شرط صريح مخالف لنشوء حق الارتفاق . وقد قدمنا أن نص المادة ١٠١٧ مدني لا يفرق في هذا الحكم بين الارتفاق الظاهر المستمر والارتفاق الظاهر غير المستمر (١) .

المبحث الثالث

التقادم المكسب

(Prescription acquisitive)

٥٨٩- المسائل التي يترها كسب من الارتفاق بالتقادم : يشتر كسب

حق الارتفاق بالتقادم مسائل ثلاثا : (١) حقوق الارتفاق التي يجوز كسبها بالتقادم . (٢) حيازة حق الارتفاق التي تؤدي إلى كسبه بالتقادم . (٣) مدة التقادم .

١ § - حقوق الارتفاق التي يجوز كسبها بالتقادم

٥٩٠- وجوب أنه يكون من الارتفاق ظاهرا متى يجوز كسبه

بالتقادم : قدمنا (٢) أن الفقرة الثانية من المادة ١٠١٦ مدني تنص على ما يأتي : « ولا يكسب بالتقادم الا الارتفاقات الظاهرة ، بما فيها حق المرور » . ويؤخذ من هذا النص أنه لا يجوز كسب الارتفاق بالتقادم إلا إذا كان ارتفاقا ظاهرا . وينبنى على ذلك ما يأتي : (١) حق الارتفاق غير الظاهر لا يجوز كسبه بالتقادم . (٢) حق الارتفاق الظاهر المستمر يجوز كسبه بالتقادم . (٣) حق الارتفاق الظاهر غير المستمر يجوز أيضا كسبه بالتقادم . يضاف إلى ما تقدم أنه كما يجوز كسب حق الارتفاق الظاهر : مستمرا كان أو غير مستمر ، بالتقادم ، يجوز أيضا أن يكسب بالتقادم طريقة استعمال حق الارتفاق الظاهر .

(١) أما التقنين المدني الفرنسي فيفرق بين الحالتين ، إذ تقضي المادة ٦٩٢ منه بأن المالك الأصلي لا يحمل عبء الإثبات ولا يكلف بتقديم عقد البيع في حالة الارتفاق الظاهر المستمر ، في حين أن المادة ٦٩٤ منه تقضي في حالة الارتفاق الظاهر غير المستمر بتحميل المالك الأصلي عبء الإثبات وبتكليفه بتقديم عقد البيع ليثبت أنه لم يرد فيه شرط صريح ينفي نشوء حق الارتفاق (انظر آنفاً فقرة ٥٨٥) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٦٠ .

٥٩١ - من الارتفاق غير الظاهر لا يجوز كسبه بالتقادم :

وحق الارتفاق غير الظاهر هو ، كما قدمنا^(١) ، ارتفاق ليست له علامة خارجية تتم عن وجوده ، وذلك كالارتفاق بعدم البناء وكالارتفاق بالمرور إذا لم يكن للطريق الذى يباشر فيه هذا الحق معالم ظاهرة . ونرى من ذلك أن ظهور حق الارتفاق له معنى خاص يختلف فيه عن ظهور الحيابة ، فقد تكون حيابة الارتفاق بالمرور ظاهرة إذا بوشر الارتفاق فى علانية على ملأ من الناس وبخاصة فى مواجهة مالك العتار المرتفق به ، ويكون الارتفاق بالمرور فى الوقت ذاته غير ظاهر إذا لم تكن للطريق معالم ظاهرة كما سبق القول .

وكان المنطق يقضى بأنه فيما يتعلق بالتقادم : وهو قائم على الحيابة ، لا يعتد بالمعنى الخاص لظهور حق الارتفاق ويكفى الوقوف عند المعنى العام لظهور الحيابة . فحق المرور مثلاً ، مادام يباشر بطريقة علنية ، يجوز كسبه بالتقادم إذا توافر فى الحيابة شرط الظهور . حتى لو لم يكن للطريق معالم ظاهرة فلم يكن الارتفاق ظاهراً بالمعنى الخاص . ولكن التقنين المدنى اشترط مع ذلك أن يكون حق الارتفاق ظاهراً بالمعنى الخاص حتى يجوز كسبه بالتقادم ، ولم يكتف بظهور الحيابة بالمعنى العام . وعلى ذلك لا يجوز كسب حق الارتفاق بالمرور بالتقادم إذا لم يكن للطريق معالم ظاهرة ، حتى لو كانت حيابة الارتفاق ظاهرة وتباشر بطريقة علنية^(٢) . ويرجع السبب فى ذلك إلى أن التقنين المدنى الجديد ، لما أراد أن يخالف القاعدة التقليدية التى سار عليها التقنين المدنى الفرنسى فى اشتراط الاستمرار والظهور فى حق الارتفاق حتى يمكن كسبه بالتقادم (انظر م ٦٩٠ مدنى فرنسى) . عدل عن شرط الاستمرار لما فيه من

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٥٥ .

(٢) ولذلك يكون غير دقيق ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فتد جاء فيها ما يأتى : « واشترط فى كسب حق الارتفاق بالتقادم ، أن يكون ظهراً ، وذلك حتى لا يشوب الحيابة عيب الخفاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٨) . وواضح أن هذه العبارة تجعل الخفاء فى الحيابة هو نفس عدم الظهور فى حق الارتفاق ، على ما بين الأمرين من تباين . هذا من الناحية التقليدية . على أن المشرع المصرى قد أراد ، على ما يظهر ، أن يجعل الظهور فى حيابة حق الارتفاق يتميز بوجود معالم ظاهرة . وهكذا يجب أن يكون الظهور فى حيابة هذا الحق لأن الحق يقتضى ذلك ، كما سيجىء فى المتن .

صنعة متكلفة لا مبرر لها ولا يفسرها إلا تقاليد القانون الفرنسي القديم (١) ، ولكنه استبقى شرط الظهور . على أن اشتراط الظهور بمعناه الخاص في حق الارتفاق هو أيضا ، كاشتراط الاستمرار ، لا مبرر له ولا يفسره إلا تقاليد القانون الفرنسي القديم (٢) . ولكن التقنين المدني المصري الجديد استبقى مع ذلك شرط الظهور بمعناه الخاص في حق الارتفاق ، لأن حق الارتفاق ، حتى يجوز كسبه بالتقادم . يحسن أن يكون من الظهور بحيث تكون له معالم ظاهرة ، فلا يكفي الظهور بمعناه العام في الحياة . فحق الارتفاق يقتضي لما فيه من دقة ولما قد ينطوي عليه من خفاء . ظهورا أوضح . فلم يكن ظهور حياة الارتفاق بهذا المعنى . في نظر التقنين المدني المصري الجديد . إلا تطبيقا خاصا للظهور في الحياة بمعناه العام (٣) .

٥٩٢ - حق الارتفاق الظاهر المستمر يجوز كسبه بالتقادم : فاذا توافر

لحق الارتفاق شرط الظهور بالمعنى الخاص ، وتوافر إلى جانب ذلك شرط الاستمرار ، فلا شك في جواز كسبه بالتقادم . كما هو الأمر في التقنين المدني الفرنسي (م ٦٩٠ مدني فرنسي) .

فاذا فتح شخص في حائط منزله مطلا على أقل من المسافة القانونية من حدود عقار جاره . وظل هذا المطل مفتوحا المدة اللازمة لكسب الحق بالتقادم : فانه يكسب بالتقادم حق الارتفاق بالمطل . ذلك بأن المطل ارتفاق ظاهر وعلامته الظاهرة هي هذه النافذة المفتوحة على ملك الجار ، وهو في الوقت ذاته ارتفاق مستمر لا يحتاج في مباشرته إلى عمل الإنسان كما قدمنا في تعريف الارتفاق المستمر (٤) .

فاذا ما كسب صاحب العقار المرتفق بالتقادم حق الارتفاق بالمطل على النحو الذي قدمناه ، كان له الحق في استبقاء مطله مفتوحا على أقل من المسافة القانونية كما هو ، وليس للجار وهو صاحب العقار المرتفق به أن يعترض ،

(١) انظر بلانول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٦ ص ٩٣٤ .

(٢) انظر في هذا المعنى بلانول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٦ .

(٣) قرب من عبد الحميد بودري وشوفو فقرة ١١٠٨ ص ٨٣٥ - وقارن شفيق شحاته

فقرة ٢٣٧ هامش ٢ - عبد الحميد بودري فقرة ٢٨٥ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٥٥٤ .

حتى لو كان المطل مفتوحاً في حائط على الخط الفاصل بين العقارين . بل ليس له في هذه الحالة أن يقيم حائطا في ملكه إلا بعد أن يبتعد عن الخط الفاصل بمقدار المسافة القانونية ، وذلك حتى لا يسد المطل المكسوب بالتقادم (م ٨١٩ / ٢ مدني) . فاذا أقام الجار حائطا في ملكه بعد ترك المسافة القانونية ، فانه يجوز له أن يفتح في هذا الحائط مطلا لأنه يكون مفتوحاً في هذه الحالة في حدود المسافة القانونية (١) . ويكسب صاحب المطل بالتقادم حق ارتفاق بالمطل في نطاق الحيازة التي كانت أساسا للتقادم . فمن كسب بالتقادم حق المطل من نافذة واحدة ، لا يحق له أن يفتح نافذة أخرى . ومن كسب مطلا في الطابق العلوي ، لا يحق له أن يفتح مطلا في طابق أعلى أو في طابق أسفل . ومن كسب بالتقادم حق ارتفاق بالمطل ، إذا كان لا يستطيع أن يضيف إليه مطلا آخر ، فانه يستطيع أن يزيد في سعة المطل الذي كسبه بالتقادم ، لأن القانون لم يقيد سعة الفتحات . وإذا تهدم الحائط المفتوح فيه مطل كسب بالتقادم ، ثم أعيد بناؤه ، فإن حق المطل يرجع من جديد بنفس مداه دون زيادة . ولكن إذا بقي الحائط متهدما مدة خمس عشرة سنة ، ثم أعيد بناؤه ، فإن حق المطل لا يرجع من جديد ، لأنه يكون قد زال بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة (٢) .

٥٩٣ - من الارتفاق الظاهر غير المستمر يجوز أيضا كسبه بالتقادم :

والتقنين المدني المصري الجديد ، كما قدمنا (٣) ، لا يشترط في حق الارتفاق أن يكون مستمرا حتى يجوز كسبه بالتقادم ، وذلك خلافا للتقنين المدني الفرنسي الذي يوجب في حق الارتفاق حتى يجوز كسبه بالتقادم أن يكون مستمرا مطاوعة لتقاليد كان القانون الفرنسي القديم يجري عليها (٤) . ولم ير المشرع

(١) نقض ملئي ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٦ رقم ٦ .

(٢) انظر في كل ذلك الوسيط ٨ فقرة ٤٧٨ ص ٧٨٤ - ص ٧٨٧ والمراجع والأحكام المشار إليها هناك .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٩١ .

(٤) انظر انتقادا للتقنين المدني الفرنسي في هذه المسألة في بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٦ ص ٩٣٥ - ص ٩٣٦ - وانظر كيف ذلل القضاء هذه الصعوبة ، فجعل ما يكسب بالتقادم ، ليس هو حق الارتفاق غير المستمر كحق المرور في طريق معين ، بل حق الملكية الكاملة لهذا الطريق : أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥١ ص ١١٣ - بودري وشوفو فقرة ١١٠٩ - =

المصري الأخذ بهذه التقاليد التي لا مبرر لها ولا معنى للأخذ بها في مصر ، ومن ثم لم يشترط الاستمرار حتى يكسب الارتفاق بالتقادم . فحق المرور ، وهو ارتفاق غير مستمر لأنه يحتاج في استعماله لعمل الإنسان ، تجوز كسبه بالتقادم في التقنين المدني المصري ما دام ارتفاقاً ظاهراً ، أى ما دام الطريق الذي يباشر فيه الارتفاق له معالم ظاهرة كما سبق القول . وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٠١٦ ، كما رأينا (١) ، إذ تقول : « ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة ، بما فيها حق المرور » (٢) .

فحق المرور إذن يجوز كسبه بالتقادم (٣) ، ما دامت معالم الطريق ظاهرة

= بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٧ - نقض فرنسي ٢١ يونيو سنة ١٩٢١ سيري ١٩٢٢ - ١ - ٣٦١ - ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٢٤ جازيت دي بليه ١٩٢٤ - ٢ - ٦٩٥ - ٢١ يناير سنة ١٩٤٧ J.C.P. ١٩٤٧ - ٩٧٥٤ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٦٠ وفقرة ٥٩٠ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ولم يشترط الاستمرار بما له من معنى خاص في حقوق الارتفاق ، أى أن يكون الارتفاق غير محتاج في استعماله إلى عمل الإنسان . وبذلك أصبح جائزاً أن يملك حق المرور بالتقادم ، خلافاً لما يقضى به التقنين الفرنسي اتباعاً لقاعدة فرنسية تقليدية ، لا مبرر لها ولا معنى للأخذ بها في مصر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٨ - ص ٦٢٩) .

وكان القضاء في مصر ، في عهد التقنين السابق ، يشترط الظهور والاستمرار في حق الارتفاق لإمكان كسبه بالتقادم ، وذلك دون سند من النصوص واتباعاً للتقنين المدني الفرنسي (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٧٥ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٦٨ - ٢١ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٤١ - ٢٨ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٠٠ - ١٨ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٧٨ - ٧ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٩ - ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩٩ - ١٣ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٠٣ - ٩ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠١ - ١٦ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٤ - ٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٢٨ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠١ - ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٣٨ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٥٢ - ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٢٨ - ١٥ يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١١) . فجاء التقنين المدنى الجديد واضحاً في عدم اشتراط الاستمرار .

(٣) والمفروض هنا أن العقار المرتفق ليس محبوساً عن الطريق العام ، إذ لو كان محبوساً لكان من حق صاحبه أن يمر من الطريق المجاور طبقاً للشروط المقررة في حق المرور القانونى باعتباره قيداً على ملكية العقار المجاور ، ومن ثم لا تكون هناك حاجة إلى التقادم لكسب حق المرور في هذه الحالة إذ يكون الحق ثابتاً منذ البداية (انظر الوسيط ٨ فقرة ٤٦٥ وما بعدها) . أو يكون العقار المرتفق محبوساً عن الطريق العام ، ولكن صاحب هذا العقار يختار ممرأ له ، لا في العقار المجاور بتعدد استعمال حق المرور القانونى ، بل في عقار آخر (انظر آنفاً فقرة ٢٦٨) .

حتى يكون ارتفاعاً ظاهراً كما قدمنا . وغنى عن البيان أنه إذا لم يشترط استمرار حق الارتفاع بهذا المعنى الخاص في حقوق الارتفاع ، أى وجوب تدخل عمل الإنسان في استعماله ، فإن الاستمرار بالمعنى العام في الحياة واجب حتى يكسب حق المرور بالتقادم . فيجب أن يكون صاحب العقار المرتفق مداوماً على المرور في العقار المرتفق به . وفي الطريق المعد لذلك وهو طريق ظاهر المعالم كما قدمنا . فإذا كان المرور متقطعاً غير منتظم ، يستعمل بين الفنية والفينة على فترات متباعدة دون أن يكون لها مواعيد محددة ، فإن المرور في هذه الحالة يحمل على أنه عمل من أعمال التسامح . وأعمال التسامح لا تصلح أساساً لكسب الحق بالتقادم لانتهاء عنصر القصد في الحياة (١) . وليس يلزم من ذلك أن حق المرور يجب استعماله باستمرار طول الوقت دون أن ينقطع . فإن هذا أمر مستحيل فوق أنه لا ضرورة له . بل يكفي أن يستعمل حق المرور بطريقة منتظمة . من وقت إلى آخر . في المواعيد التي يحتاج فيها للمرور . على أن يكون استعمال الحق على هذا النحو مضطرباً غير منقطع (٢) .

٥٩٤ - طريقة استعمال حق الارتفاع الظاهر بجواز كسبها بالتقادم :

وكما يجوز كسب حق الارتفاع الظاهر بالتقادم . يجوز أيضاً أن يكسب بالتقادم طريقة استعماله . ذلك بأن طريقة الاستعمال فرع عن حق الارتفاع نفسه . وإذا كان الأصل يجوز كسبه بالتقادم فأولى أن يجوز كسب الفرع بنفس السبب . فإذا كسب شخص بالارتفاع حق ارتفاعاً بالمطل على عقار جاره بفتح نافذة واحدة في طابق معين من منزله على مسافة أقل من المسافة القانونية ، جاز له إذا عدل طريقة استعمال الارتفاع . أن يكسب بالتقادم طريقة الاستعمال المعدلة . فإذا فتح مثلاً نافذة أخرى إلى جانب النافذة الأولى ، أو فتح نافذة أخرى في طابق أعلى أو أسفل . واستمر على ذلك المدة اللازمة للتقادم ، فإنه

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٦٨ .

(٢) وليس يلزم أن تكون العلاقة الظاهرة لحق الارتفاع التي يكسب بالتقادم من عمل مالك العقار المرتفق نفسه ، فقد تكون من عمل الغير . مستقبلاً ملك العقار المرتفق لحساب نفسه بعد أن يعلم بوجودها . فيكون الارتفاع ظاهراً ويصح كسبه بالتقادم (بودرى وشوفو فقرة ١١٠١) .

يكسب بهذا السبب ما أدخله من التعديل على حق ارتفاقه الأصلي الذي كسبه بالاتفاق .

وإذا كسب بالاتفاق حق ارتفاق بالمرور في عقار جاره على أن يمر مترجلا ، ثم أخذ يمر في عربة أو يمر وتمر معه مواشيه ، وبقي كذلك المدة اللازمة للتقادم ، فإنه يكسب بالتقادم ما أدخله من تعديل في استعمال حق ارتفاقه الأصلي الذي كسبه بالاتفاق . فيجوز له ، بعد تمام مدة التقادم ، أن يمر في عربته أو أن يمر مع مواشيه . دون أن يكون لصاحب العقار المرتفق به حق الاعتراض على ذلك (١) .

٢ - مباداة حق الارتفاق التي تؤدي إلى كسبه بالتقادم

٥٩٥ - المباداة في حق الارتفاق كالمباداة في الملكية : قدمنا (٢) أن

المباداة هي وضع مادي ينجم عن أن شخصا يسيطر سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه . أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق . ويستوى في ذلك حق الملكية ، وهو المنقصور من السيطرة الفعلية على الشيء . وغيره من الحقوق . والسيطرة الفعلية على الحق يكون باستعماله عن طريق أعمال مادية يقتضيها مضمون هذا الحق . فإن كان حق ملكية ، اختلط الحق بالشيء محل الحق ، فيقال إن الشخص يسيطر سيطرة فعلية على الشيء نفسه محل الملكية . وإن كان حق ارتفاق ، فإن مباداته تكون باستعماله فعلا ، فيمر الحائز في أرض الجار في الارتفاق بالمرور ، أو يفتح نافذة في حائطه على مسافة أقل من المسافة القانونية تطل على عقار جاره في الارتفاق بالمطل .

ومن ذلك نرى أن الشروط العامة للمباداة واحدة ، سواء كانت المباداة واقعة على حق الملكية أو كانت واقعة على حق الارتفاق . فإن كانت واقعة على حق الارتفاق ، وجب ، حتى تؤدي إلى كسب هذا الحق بالتقادم ، أن تكون بوجه عام مستمرة ظاهرة هادئة غير غامضة .

(١) وفي فرنسا يجوز أن يكسب بالتقادم طريقة استعمال حق الارتفاق ، بشرط أن يكون الارتفاق مستمرا ظاهرا ، جريا على الأصل الذي ساروا عليه (بودري وشوفو فقرة ١١٠٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٩) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٥١ .

وكل ما قررناه في هذا الشأن ، عند الكلام في النظرية العامة للحيازة (١) ، ينطبق هنا في حيازة حق الارتفاق (٢) . وقد لا حظنا فيما تقدم أن هناك معنى خاصا لحق الارتفاق المستمر ولحق الارتفاق الظاهر ، وهذا المعنى غير مطلوب في الشرطين العاملين للاستمرار والظهور في الحيازة . فقد تكون حيازة حق الارتفاق مستمرة مع أن حق الارتفاق نفسه غير مستمر ، والعبرة في هذه الحالة باستمرار الحيازة . فإذا كانت الحيازة مستمرة بالمعنى العام ، جاز كسب حق الارتفاق بالتقادم ، حتى لو كان هذا الحق غير مستمر بالمعنى الخاص ، وقد تقدم بيان ذلك . وكذلك الظهور في الحيازة ، غيره في حق الارتفاق ، ولكن هنا يطلب القانون الظهور بمعناه الخاص في حق الارتفاق ، أى أن يكون لهذا الحق معالم ظاهرة ، حتى تؤدي الحيازة إلى كسب حق الارتفاق بالتقادم . وقدما أن التقنين المدني الجديد يخلط ما بين الظهور في حق الارتفاق والظهور في الحيازة ، ويجعلهما شيئا واحدا هو الظهور في حق الارتفاق لاعتبارات عملية (٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٧٣ وما بعدها .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن حقوق الارتفاق ، ومنها حق الشرب ، إنما يجوز اكتسابها بالتقادم إذا ما توافرت أركان وضع اليد المكسب للملكية . فإذا قضت المحكمة باكتساب حق الشرب بالتقادم ، وجب عليها أن تبين في حكمها العناصر الواقعية اللازمة لثبوته ، من وضع اليد وصفته ومظهره واستمراره طوال المدة المكسبة له ، حتى يتييسر لمحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون . فإذا كان الحكم الذي قضى بثبوت ذلك الحق خالياً من بيان العناصر الواقعية التي تفيد أن مدعيه كان يستعمل الفتحة المتنازع عليها لرى أرضه من مياه الراحة ، وأن استعماله لها في هذا الغرض كان ظاهراً غير غامض ، ومستمر مدة خمس عشرة سنة ، فهذا يكون قصوراً في التسبيب يعيبه ويستوجب نقضه (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٥ رقم ٤) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان المفهوم من الحكم أن النافذة التي قضى استثنافياً بتأييد الحكم الصادر بإعادة فتحها ، قد فتحها صاحبها في الدور الأرضي من منزله على مسافة بضعة سنتيمترات فقط من نهاية ملك جاره ، وأنه فتحها في فرصة تهدم سور الجار أمامها ، وأن الجار بعد ذلك قد أقام السور وزاد نصف متر في ارتفاعه حتى حجب النافذة كلها ، ومنع مجال النظر أمامها من أن يمتد إلى ما وراء السور كما كان من قبل ، فهذه الحالة لا يصح وصفها بأنها وضع يد لو استطلت مدته لأكسبت صاحب اليد الحق الذي يدعيه ، وذلك لعدم انتفاء الإبهام الذي يكتنفها من ناحية تصرف صاحب النافذة وقت فتحها وبعده ، ولعدم تحقق وصف اضمحلال الجار (نقض مدني ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ نفس المجموعة جزء أول ص ١٦٥ رقم ٥) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٩١ .

وكذلك ما قررناه من وجوب توافر الحيابة على عنصرها المادى والمعنوى ينطبق هنا فى حيازة حق الارتفاق ، حتى تؤدى الحيازة إلى كسب هذا الحق بالتقادم (١) . ونقف ، فى العنصر المعنوى للحيازة ، عند ما سبق أن قررناه من انتفاء هذا العنصر فى أعمال التسامح (actes de simple tolérance) وفى اتيان الرخصة من المباحات (actes de pure faculté) (٢) ، لنعيد فى إيجاز ما قدمناه فى هذا الشأن مطبقا على حيازة حق الارتفاق .

٥٩٦ - أعمال التسامح فى حيازة حق الارتفاق لا تؤدى إلى كسب

بالتقادم : وأكثر ما ترد أعمال التسامح فى حيازة حق الارتفاق . فهى تتضمن حيازة مادية لحق الارتفاق ، أى أعمالا تعتبر استعمالا فعليا لهذا الحق . ولكن صاحب العقار المرتفق به لا يحمل هذه الأعمال على تحمل الاعتداء على عقاره ، بل يكون قد رخص لجاره فى القيام بها ، ترخيصا صريحا ، أو ترخيصا ضمنيا بالسكوت عليها . فىكون هذا تسامحا منه نحو جاره ، محافظة منه على حسن الجوار . وكذلك الجار الذى يستعمل حق الارتفاق إنما يستعمله لا بقصد الاعتداء على ملك جاره ، بل هو يستعمله بناء على هذا الترخيص الصريح أو الضمنى الصادر له من جاره . فتكون الحيازة هنا قد تجردت عن عنصرها المعنوى وهو عنصر القصد . ولذلك لا تقوم ، ومن ثم لا تؤدى إلى كسب حق الارتفاق بالتقادم . فاذا أقام الجار بناء فى الحد الفاصل بين أرضه وأرض جاره وكانت الأرض الأخيرة أرضا فضاء ، وفتح الجار نافذة فى الحائط المقام فى الحد الفاصل ، فيغلب أن يترك صاحب الأرض جاره يفتح المظل على سبيل التسامح ، لأن فتح المظل فى هذه الحالة لا يضايقه إذ أن أرضه فضاء فلا يضيره أن يفتح جاره مطلا عليها . وتكون حيازة صاحب المظل قائمة على تسامح من الجار ، فهى حيازة مجردة من العنصر المعنوى وهو عنصر القصد ، فلا يكسب حق ارتفاق بالمظل ولو بقى المظل مفتوحا خمس عشرة سنة أو أكثر . وإذا كانت الأرض غير محبوسة عن الطريق العام ، ولكن صاحبها مر فى أرض الجار لأن المسافة منها إلى الطريق العام أقصر وأيسر ، وثبت أن الجار قد ترك

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٧ وما بعدها .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٦٨ .

جاره يمر في أرضه على سبيل التسامح ، فعند ذلك تكون حيازة هذا الأخير لحق المرور حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوي وهو عنصر القصد ، فلا يستطيع أن يكسب حق المرور بالتقادم ولو بقي يمر في أرض الجار خمس عشرة سنة أو أكثر .

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت الأعمال التى قام بها الجار قد تحملها منه جاره على سبيل التسامح ، فلا تكسبه هذه الأعمال حق الارتفاق بالتقادم . وينظر القاضى في ذلك إلى مقدار ما تحدثه هذه الأعمال من مضايقات للجار ، وإلى مقدار ما لهذا الجار من مصلحة في معارضة هذه الأعمال . فإذا لم تكن هذه الأعمال من شأنها أن تضايق الجار كثيراً . وكان لهذا الجار مصلحة في عدم معارضتها حفاظاً منه على حسن الجوار . ورعاية منه لما يقوم بينه وبين جاره من علاقة ود لا يبغي أن يعكر صفاءها . أمكن أن يستخلص من كل ذلك أن الجار قد احتمل من جاره هذه الأعمال على سبيل التسامح . وأن هذا الأخير لم يقم بهذه الأعمال اعتداءً على حق الجار ولكن لما آتسه من روح التسامح عند هذا الجار « (١) .

٥٩٧ - إثباته الرخصة من المباحات لا تؤدي إلى كسب من ارتفاق

بالتقادم : وقدّمنا (٢) . أن الفقرة الأولى من المادة ٩٤٩ مدني تنص على أنه « لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات . أو عمل يتحمّله الغير على سبيل التسامح .

والعمل الذى يأتيه الشخص على أنه رخصة من المباحات هو محض رخصة يأتيها ، وليس لأحد أن يمنعه منها . فلا هو في إثباتها حاز حق ارتفاق ولو محض حيازة مادية ، ولا هو من باب أولى توافر عنده قصد استعمال حق ارتفاق . ومن ثم لا تقوم الحيازة باتيان هذه الرخصة ، لتخلف عنصرها المادى والمعنوى معاً . ففي حين أن أعمال التسامح يقوم بها العنصر المادى للحيازة دون عنصرها المعنوى ، إذا باتيان رخصة من المباحات لا تقوم به الحيازة أصلاً ، لا في عنصرها المعنوى ولا في عنصرها المادى . فإذا فتح شخص مطلاً مستوفياً لقيد المسافة ،

(١) انظر في كل ما تقدم آنفاً فقرة ٢٦٨ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٦٨ .

فهو في ذلك إنما يستعمل رخصة في حدودها القانونية . ومن ثم يجوز لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطا في حدود ملكه ، لأن صاحب المثل لم يكسب حق ارتفاع قبل جاره بفتح المثل ، إذ هو لم يأت في ذلك إلا برخصة من المباحات . وإذا أقام شخص حائطا على حدود ملكه ، وفتح في هذا الحائط منورا مستوفيا لشروطه ، فهو في فتحه للمنور إنما أتى رخصة من المباحات ولم يقصد من فتح المنور الاعتداء على حق لأحد ، ولم يقع فعلا أى اعتداء على حق لأحد . فلا تقوم له حيازة في هذه الحالة ، ولا يكسب حق ارتفاع قبل الجار . ويجوز للجار . حتى لو بقى المنور مفتوحا مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، أن يقيم في حدود ملكه حائطا يسد به المنور ، ولا يجوز لصاحب المنور أن يتمسك بأنه كسب حق فتح المنور بالتقادم . كذلك لو أصبح الحائط الذى فتح فيه المنور حائطا مشتركا ، فانه يجوز للجار الآخر أن يطلب سد المنور بعد أن أصبح الحائط مشتركا . ولا يجوز لصاحب المنور أن يقول إن المنور بقى مفتوحا خمس عشرة سنة فكسب حق ارتفاع بالتقادم . ونرى من كل ذلك أن إتيان رخصة من المباحات . كالقيام بعمل من أعمال التسامح ، لا تقوم به حيازة . ولا يؤدي إلى كسب حق ارتفاع بالتقادم .

ويجوز أن تنقلب الأعمال التي يستعمل الشخص بواسطتها رخصة من المباحات . أو التي يقوم بها على سبيل التسامح من الجار ، إلى أعمال حيازة صحيحة تتوافر فيها عناصر الحيازة المادية والمعنوية . فتتغير صفة هذه الأعمال ، وبعد أن كانت أعمالا لا تقوم بها الحيازة ، تصبح أعمالا تتم بها الحيازة فتصير صالحة لأن تؤدي إلى انتقادم . مثل ذلك أن يأتى الجار الذى يستعمل الرخصة أو يقوم بأعمال التسامح بعمل مادي يعارض به حق المالك ، ويشعره بأنه إنما يجوز حق ارتفاع وأنه يحمده استعماله فتصبح حيازته لهذا الحق حيازة صحيحة قد توافر فيها العنصران المادي والمعنوي . فإذا فتح شخص منورا في الحائط القائم على حدود ملكه . ولما أراد جاره أن يبنى حائطا هو الآخر في حدود ملكه يسد المنور منعه الجار من ذلك . ورضخ جاره لهذا المنع ، فان هذا عمل مادي دل به الجار على أنه بفتح المنور لا يقصد أن يأتى رخصة من المباحات ، بل قصد أن يستعمل حق ارتفاع . ومن ثم إذا ظل على هذه الحال خمس عشرة

سنة ، كسب حق ارتفاق بالتقادم ، ولم يستطع جاره أن يسد المنور ، وإذا أصبح الحائط المفتوح فيه المنور حائطا مشتركا لم يجز أيضا سد المنور فقد كسب الجار حق فتحه بالتقادم . وإذا عمد الجار الذي يمر في أرض جاره على سبيل التسامح إلى ترصيف المكان الذي يمر فيه وإلى إحاطته بسياج ليختص به وحده ، مما يقطع في أن نيته قد تحولت من القيام بعمل على سبيل التسامح إلى القيام بعمل من أعمال الحيازة الصحيحة التي توافر فيها عناصرها المادية والمعنوية ، واستمر الوضع على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة دون معارضة من الجار ، فإن الحيازة تنتج أثرها وتكسب صاحبها حق ارتفاق بالمرور (١) .

٣٩ - مرة التقادم

٥٩٨ - مرة التقادم في التقنين المدني الفرنسي : لما كان حق الارتفاق عقارا ، وكان كسب العقار بالتقادم إما أن يكون بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير ، فإن المادة ٦٩٠ مدني فرنسي خرجت على هذه القاعدة العامة إذ جاءت محددة لنوع التقادم الذي يكسب به حق الارتفاق ، فهي تقول : « الارتفاقات المستمرة الظاهرة تكسب بالسند أو بالحيازة مدة ثلاثين سنة » . وازاء هذا النص الصريح ، جرى القضاء والفقه في فرنسا على أن حق الارتفاق لا يكسب إلا بالتقادم الطويل ، أي بحيازة تدوم ثلاثين سنة كما تصرح المادة ٦٩٠ مدني فرنسي سالفة الذكر ، فحق الارتفاق إذن لا يكسب بالتقادم القصير أي بحيازة تدوم ما بين عشر سنوات وعشرين سنة (٢) . ويستند هذا الرأي ، إلى جانب صريح نص المادة ٦٩٠ مدني فرنسي سالفة الذكر ، إلى الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الفرنسي ، حيث يصرح Malleville وهو أحد واضعي هذا التقنين بأنه « بالنسبة إلى كسب حقوق الارتفاق ، لا يقر

(١) انظر في كل ذلك آنفاً فقرة ٢٦٨ .

(٢) نقض فرنسي ١٠ ديسمبر سنة ١٨٣٤ داللو ٣٥ - ١ - ٦٥ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٧٥ سيريه ٧٦ - ١ - ١٠٣ - بيزانسون ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٦ داللو ١٩٠٧ - ٢ - ٢٠٨ - ديملومب ١٢ فقرة ٧٨١ - لوران ٨ فقرة ١٩٤ - توليه ٣ فقرة ٦٣٠ - ماركاديه تحت المادة ٦٩٠ فقرة ٢ - ديمانت ٢ فقرة ٥٤٦ مكررة - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥١ ص ١٠٩ وهاش ١ - بودري وشوفو فقرة ١١١٣ .

التنين المدني من أنواع التقادم إلا التقادم الطويل ومدته ثلاثون سنة . هذا إلى حجة منطقية يضيفها أصحاب هذا الرأي ، فيقولون إن السبب في جواز كسب الملكية ذاتها بالتقادم القصير وعدم جواز كسب حق الارتفاق بهذا النوع من التقادم يرجع إلى أن حيازة الملكية أى حيازة الشيء محل الملكية ، أمر محسوس يمكن التثبت منه أكثر من التثبت من حيازة حق الارتفاق ، إذ أن حيازة حق الارتفاق تدق كثيرا ، فلم ير المشرع الفرنسي أعمال التقادم القصير بالنسبة إليها ، ولم يفسح المجال فيها إلا للتقادم الطويل (١) .

وينتقد جانب من الفقه الفرنسي هذا الرأي (٢) ، ويذهب إلى أن المادة ٦٩٠ مدني فرنسي ، عندما قررت أن حق الارتفاق يكسب بالحيازة مدة ثلاثين سنة ، إنما أرادت أن تستبعد قاعدة كانت مقررة في القانون الفرنسي القديم (٣) ، وكانت تقضي بأن حق الارتفاق لا يكسب بالتقادم إلا إذا كان مصحوبا بسند . فأراد المشرع الفرنسي أن يعدل عن هذه القاعدة القديمة ، وأن يجعل حق الارتفاق يكسب بالتقادم كسائر الحقوق العينية ولو لم يكن مصحوبا بسند . ولم يتمثل وقت وضع المادة ٦٩٠ مدني فرنسي إلا حالة ما إذا كان حائز العقار المرتفق به هو مالكة الحقيقي كما هو الغالب ، فقرر أن من يحوز حق ارتفاق على هذا العقار يملكه بالحيازة مدة ثلاثين سنة ، وعنى بذلك أن حائز حق الارتفاق يملك هذا الحق بالتقادم دون حاجة إلى سند . ولم يخطر على باله وقت وضع هذه المادة حالة التقادم القصير ، وهي حالة معقدة تقضي أن يكون حائز العقار المرتفق به هو غير مالكة الحقيقي وقد رتب على هذا العقار حق ارتفاق بموجب الاتفاق ، حتى يقال إنه أراد بنص المادة ٦٩٠ مدني فرنسي استبعاد تملك حق العقار في هذه الحالة بالتقادم القصير . فالمادة ٦٩٠ مدني فرنسي لا شأن لها إذن بنوع التقادم الذي يكسب به حق الارتفاق ، وكل

(١) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥١ ص ١٠٩ هامش ١ - بودري وشوفو فقرة ١١١٣

ص ٨٤٢ .

(٢) ديرانتون ٥ فقرة ٥٩٣ - ترولون في التقادم ٢ فقرة ٨٥٦ - بيدان ٤ فقرة ٧٦٤ -

بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٥ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٣١٥٩ - جرسران

١ فقرة ١٩٩٦ - مازو فقرة ١٧٢٠ - وانظر مارتى ورينو فقرة ١٥٤ .

(٣) عادات باريس وأورليانس (coutumes de Paris et d'orléans) .

ما أرادت أن تقوله هو أن حق الارتفاق يكسب بالتقادم دون حاجة إلى سند. ولما كانت المادة ٢٢٦٥ مدني فرنسي تقرر في نص عام شامل أن العقار يكسب بالتقادم القصير إذا كان هناك سبب صحيح واقرنت الحيازة بحسن النية ، فإن حق الارتفاق كغيره من العقارات يدخل في عموم هذا النص ، ويجوز أن يكسب هو الآخر بالتقادم القصير متى وجد السبب الصحيح وحسن النية . وإذا لم يكن هناك شك في أن حق الملكية يكسب بالتقادم القصير ، فكيف ينكر على حق الارتفاق ، وهو دون حق الملكية مرتبة . أن يملك هو أيضا بالتقادم القصير (١) .

٥٩٩ - مدة التقادم في التقنين المدني المصري : أما في التقنين المدني

المصري ، فالمسألة لا تحتل أي خلاف . فإن الفقرة الثانية من المادة ١٠١٦ مدني ، كما رأينا (٢) ، تنص على ما يأتي : « ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة : بما فيها حق المرور » . فلم تنقل ما قررته المادة ٦٩٠ مدني فرنسي من أن حق الارتفاق يكسب بالحيازة المدة الطويلة ، بل قررت أن حق الارتفاق الظاهر يكسب بالتقادم اطلاقا . دون تمييز بين التقادم الطويل والتقادم القصير . فلم يعد هناك محل ، في القانون المصري . للوقوف في كسب حق الارتفاق على التقادم الطويل دون التقادم القصير . بل يجب القول دون أي تردد أن حق الارتفاق . في القانون المصري . يكسب بالتقادم القصير كما يكسب بالتقادم الطويل . متى كان حق الارتفاق ظاهرا .

فحق الارتفاق الظاهر يكسب إذن بالتقادم الطويل ، أي بحيازة تدوم خمس عشرة سنة . فإذا حاز شخص على عقار جاره حق ارتفاق ظاهر ليس له كحق مطلق أو حق مرور . واستمر حائزا له مدة خمس عشرة سنة . وتوافرت في الحيازة عناصرها المادية والمعنوية وكذلك توافرت شروطها .

(١) بيدان ٤ فقرة ٧٦٤ - بلانبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٥ - بلانبول وريبير

وبولانجي ١ فقرة ٣٧٥٤ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٦٠ .

فان الحائز لحق الارتفاق يملك هذا الحق بالتقادم الطويل (١) .
 وحق الارتفاق الظاهر يكسب أيضا بالتقادم القصير ، أى بحيازة تدوم
 خمس سنوات . فاذا كان حائز العقار المرتفق به لا يملكه ، سواء كان حائزا
 بحسن نية أو بسوء نية ، ورتب على العقار الذى يحوزه حق ارتفاق بالمطل أو
 حق ارتفاق بالمرور مثلا ، بموجب اتفاق بينه وبين مالك العقار المرتفق ، فان
 هذا الأخير لا يملك حق الارتفاق بهذا الاتفاق ، لأن الاتفاق صادر من غير
 مالك . ولكن إذا كان حسن النية أى يعتقد أنه تعاقد مع المالك ، وحاز حق
 الارتفاق حيازة مستوفية لعنصرها ولشرائطها ، وكان حق الارتفاق ظاهرا ،
 ودامت حيازته خمس سنوات ، فانه يملك حق الارتفاق بالتقادم القصير (٢) .

(١) وإذا كان العقار المرتفق به موقوفاً ، كانت مدة التقادم المكسب ثلاثاً وثلاثين سنة
 (استئناف مصر ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٣٩ ص ٢٨٦ - استئناف مخطط
 ه أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٣٩) .

ولا بد من إثبات انقضاء مدة التقادم ، فلا يكفي القول بأن حق الارتفاق قائم منذ زمن
 بعيد ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اقتصر الحكم الصادر بثبوت حق الارتفاق
 بالرى من ترعة على القول بأنه تبين من تقرير الخبير أن « لأرض الوقف سواقي ومرأوى تأخذ
 المياه من هذه التربة » وأن حالتها تدل على أنها عملت من زمن قديم جداً ، فحق الرى إذن من
 هذه التربة قد ثبت قانوناً لأرض الوقف منذ كانت هذه التربة مروى قبل أن توسعها الحكومة ،
 فهذا الحكم يكون مشوباً بالقصور متيناً نقضه (نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة المكتب الفنى
 لأحكام النقض فى خمسة وعشرين عاماً جزء أول ص ١٦٩ رقم ٢٢) ، وانظر أيضاً نقض مدنى
 ١٤ مارس سنة ١٩٤٠ نفس المجموعة جزء أول ص ١٦٩ رقم ٢٤ . وقضت أيضاً بأنه إذا
 أسست المحكمة قضاءها بثبوت حق الارتفاق على الحكم الصادر بمنع تعرض المدعى عليه للمدعى
 فى حق ارتفاق الرى ، مع أن هذا الحق لم يثبت بعد وكل ما أثبتته الحكم المذكور هو مجرد حيازة
 ظاهرة على المسقى يحمىها القانون دون بحث فى أصل الحق من أساسه ، الأمر الذى كان يتعين معه
 على المحكمة مراعاة هذا الأساس . وإذ هى لم تفعل ولم تلق بالا إلى مدى الفرق بينهما ، مما كان له
 أثر فى قضائهما من حيث تحديد مدة التعرض وتقدير التعويض وتقرير عناصره وانسحاب أثر ذلك
 التقدير إلى بدء التعرض المدعى به وتحديد مقابله عن مدة سابقة مع منازعة المدعى عليه فى نشوء
 ملكيته فى تلك المدة ، فان حكمها يكون معلوم الأساس القانونى بما يستوجب نقضه (نقض مدنى
 ٢ يونيه سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة جزء أول ص ١٦٩ رقم ٢٣) .

(٢) استئناف مخطط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٢٢ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٢
 م ٣٥ ص ٤٠١ .

أما بالنسبة إلى حائز العقار المرتفق به ، فانه ، إذا كان حسن النية ولديه سبب صحيح ،
 يملك هذا العقار بالتقادم القصير . فلا يعود هناك محل فى هذه الحالة لحائز حق الارتفاق أن =
 (٨٦)

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على قيام حق الارتفاق

٦٠٠ - نص قانوني : تنص المادة ١٠١٩ مدني على ما يأتي :

« تخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة في سند إنشائها ، ولما جرى به عرف الجهة ، وللأحكام الآتية » (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٠ فقرة ٢/٥ فقرة ٢. (٢)

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٢/٩٨٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ١٠٢٢ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٧٥ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٨٤ (٣) .

= يتمسك بالتقادم القصير ، لأن حائز العقار المرتفق به يكون قد تملك هذا العقار بالتقادم وذلك بأثر رجعي ، فيتبين أنه وقت أن رتب حق الارتفاق على العقار كان يملكه ، فيترتب حق الارتفاق بالانفاق لا بالتقادم . وإذا كان حائز العقار المرتفق به سيء النية ، أو لم يكن لديه سبب صحيح ، فانه لا يملك العقار إلا بالتقادم الطويل ، أي بحيازة تدوم خمس عشرة سنة . وفي هذه الحالة وحدها يكون لحائز حق الارتفاق مصلحة في أن يتمسك بالتقادم القصير ، إذ أنه يملك حق الارتفاق بهذا التقادم قبل أن يملك حائز العقار المرتفق بهذا العقار بالتقادم الطويل ، فليس أمام حائز حق الارتفاق إذا أراد استبقاء هذا الحق إلا أن يتمسك بأنه قد تملكه بالتقادم القصير .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٣ - ص ٦٢٤) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٠ فقرة ثانية/٥ فقرة ثانية : الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر أو لمنفعة الميرى ، وتتبع فيه شروط العقد الذي ترتب عليه وجود ذلك التكليف وعرف البلد . (وحكم التقنين المدني السابق لا يختلف في مجموعه عن حكم التقنين المدني الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢/٩٨٧ : ويحدد استعمال هذه الارتفاقات ومداهما بالسند الذي يحدثها ، وإذا لم يكن هناك سند فبالقواعد التالية . (والنص يوافق التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٧٥ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٨٤ : ويحدد

استعمال هذه الارتفاقات ومداهما بالصك الذي يحدثها ، وإذا لم يكن هناك صك فبالقواعد التالية : (والنص يطابق نص التقنين السوري ، والنص الأخير مأخوذ منه ، وهو موافق للتقنين المصري) .

ويخلص من هذا النص أن ما ينتجه حق الارتفاق من آثار يبينه عادة سند إنشائه ، من عقد أو وصية . فما ورد في العقد أو في الوصية في هذا الشأن يجب اتباعه ، لأن الإرادة هنا هي مصدر حق الارتفاق وهي التي تبين مداه وترسم حدوده . وإذا كان حق الارتفاق قد كسب بالتقادم ، فإنه يكتسب في نطاق الحياة التي كانت أساسا للتقادم . وإذا كسب هذا الحق بتخصيص المالك الأصلي ، فهذا التخصيص هو أساس الاتفاق الضمني الذي يقوم عليه هذا المصدر ، وهو الذي يعين مدى حق الارتفاق ويرسم حدوده كما في العقد والوصية .

وإلى جانب ذلك ، يجب مراعاة عرف الجهة ، فيما لا يتعارض مع ما تقدم .

ثم إن هناك أحكاما أوردها القانون ، تكمل هذا وذاك فيما لا يتعارض معهما ، وهذه الأحكام هي التي تتولى بحثها هنا . وبعضها يبين آثار حق الارتفاق بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق ، وبعض آخر يبين هذه الآثار بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق به .

المبحث الأول

الآثار بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق

٦٠١ - مسألتاه : نبحث هذه الآثار : (١) من حيث تحديد مدى حق الارتفاق واستعمال هذا الحق . (٢) ومن حيث الدعاوى المخولة للمالك العقار المرتفق .

§ ١ - تحديد مدى حق الارتفاق واستعمال هذا الحق

٦٠٢ - تحديد مدى حق الارتفاق : قدمنا (١) أن مدى حق الارتفاق يتحدد تبعا للسبب الذي أنشأ هذا الحق .

فإن كان سبب إنشائه العقد أو الوصية ، وجب الرجوع إلى ما يقرره السند في هذا الشأن . ويفسر القاضي إرادة المتعاقدين أو إرادة الموصي طبقا للقواعد المقررة في تفسير الإرادة ، وهو في تفسيره لهذه الإرادة يبت في مسألة

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٠ .

موضوعية ، لا معقب عليه فيها من محكمة النقض (١) . ويراعى القاضى فى تفسيره للسند ، ليعدد مدى حق الارتفاق ، أن يوفق ما بين فائدة العقار المرتفق وبين إلقاء أقل عبء على العقار المرتفق به ، مع ملاحظة أن يكون التفسير فى مسائل حق الارتفاق تفسيراً ضيقاً (٢) .

وإن كان سبب إنشاء الارتفاق تخصيص المالك الأصلى ، فإن مدى حق الارتفاق يتحدد بهذا التخصيص ، وهو الذى وقع عليه الاتفاق الضمنى ما بين المالك الأصلى وصاحب العقار الآخر (٣) .

وإن كان سبب إنشاء الارتفاق التقادم ، فإن الحياة التى كانت أساساً للتقادم هى التى تحدد مدى الارتفاق ، وبقدر ما حاز صاحب العقار المرتفق من حق الارتفاق حياة مستوفية لعنصرها ولشرائطها يكون تحديد مدى حق الارتفاق الذى كسب بالتقادم (tantum prescriptum, quantum possessum) . فإذا كان صاحب العقار المرتفق قد كسب بالتقادم أن يفتح نافذتين على مسافة أقل من المسافة القانونية فى الطابق الأوسط من بنائه ، فهذا القدر يتحدد مدى حق ارتفاقه بالمطل ، وليس له أن يفتح إلى جانب النافذتين نافذة ثالثة ،

(١) نقض فرنسى ١١ مارس سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٦ - ١ - ٣٢٤ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ دالوز ١٩٣١ - ١ - ١٠٥ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٥٩ دالوز ١٩٧٠ - ٢٠٨ .

(٢) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٧٥ ص ٩٥٤ هامش ٢ - ولكن ذلك لا يمنع من أن تفسر عبارات العقد أو الوصية ، فى ارتفاق بالمطل رتبة هذا السند فى عبارات واسعة ، بأن هذه العبارة تفيد أن الارتفاق يشمل أيضاً ارتفاقاً بعدم البناء ولو فى حدود المسافة القانونية ، فيقلب الارتفاق بالمطل على هذا النحو ارتفاقاً بالرؤية (بودرى وشوفو فقرة ١١٢٧ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٧٥ ص ٩٥٥ - نقض فرنسى ٢٩ يونيو سنة ١٨٩١ دالوز ٩٣ - ١ - ٢٩) . ويصح أيضاً أن يكون مالك العقار المرتفق قد وسع من حق الارتفاق عما كان عليه فى السند أو ضيق منه ، عن طريق التقادم المكسب أو عن طريق عدم الاستعمال (بلانيول وريبير ويكار ٢ فقرة ٩٧٥ ص ٩٥٥ - مارتى ورينو فقرة ١٢٨ ص ١٧٦ هامش ٦ - نقض فرنسى ٥ يناير سنة ١٩٥٤ دالوز ١٩٥٤ - ١٨٤ : يعتد بالحياة وتفسير السند)

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١١٢٧ ص ٨٥٩ - بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ٩٧٥ ص ٩٥٥ - ٩٥٦ - نقض فرنسى ١٥ أبريل سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ١٤٩ .

ولا أن يسد نافذة من النافذتين ويفتح نافذة بدلا منها في طابق أعلى أو في طابق أسفل (١) .

ويلاحظ أنه في تحديد مدى حق الارتفاق ، أيا كان سبب إنشائه ، يجب أن يتضمن هذا الحق كل ما هو ضروري لاستعماله . وتنص المادة ٦٩٦ مدني فرنسي في هذا المعنى على أنه « إذا رتب حق الارتفاق ، فالمفروض أنه يتضمن كل ما هو ضروري لاستعماله . فالارتفاق باعتراف المياه من عين للغير يتضمن بالضرورة حق المرور » (٢) . والارتفاق بالشرب قد يتضمن حق المجرى ، أى الحق في حفر مسقاة تجري منها المياه إلى الأرض المرتفعة . ويجب أن يكون الحق الذي يتضمنه الارتفاق ضروريا لاستعماله ، ولا يكفي أن يكون نافعا . فالارتفاق بالمجرى لا يتضمن ضرورة حق المرور ، حتى لو كان هذا الحق من شأنه أن ييسر استعمال حق الارتفاق (٣) . والارتفاق الإضافي يتبع الارتفاق الأصلي في مصيره ، فإذا انقضى الارتفاق الأصلي ولو بعدم الاستعمال انقضى تبعاً له الارتفاق الإضافي . وإذا لم يستعمل صاحب العقار المرتفق الارتفاق الأصلي المدة الكافية لزواله بعدم الاستعمال ، لم يمنع من زواله أن يستعمل صاحب العقار المرتفق الارتفاق الإضافي وحده (٤) .

٦٠٣ - مجزئة العقار المرتفق في نص قانوني : تنص المادة ١٠٢٤ مدني على ما يأتي :

« ١ - إذا جرىء العقار المرتفق ، بقي الارتفاق مستحقا لكل جزء منه ، على ألا يزيد ذلك في العبء الواقع على العقار المرتفق به » .

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٢ - بودري وشوفو فقرة ١١٢٧ ص ٨٥٩ - وريبير ويكار ٢ فقرة ٩٧٥ ص ٩٥٥ - تقص فرنسي ٤ يولييه سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٣ - ٢٥٩ - ١ .

(٢) أنظر أيضاً م ٩٨٨ مدني سوري ، وم ٨٥ من قانون الملكية المقاربية اللبناني .
(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٥ - بودري وشوفو فقرة ١١٢٦ - بلانيول وريبير ويكار ٢ فقرة ٩٧٦ ص ٩٥٦ .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٥ - بودري وشوفو فقرة ١١٢٦ ص ٨٥٦ - بلانيول وريبير ويكار ٢ فقرة ٩٧٦ - عبد المنعم اللبدراوى فقرة ٣٠٦ .

٢ - غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يفيد في الواقع إلا جزءاً من هذه الأجزاء ، فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى ، (١) .

ويخلص من هذا النص أن مدى حق الارتفاق يبقى كما هو عند تجزئة العقار المرتفق . وتجزئة العقار تتم بطرق مختلفة . فيجوز أن تتم بقسمة العقار قسمة إفراز ، ويختص كل شريك بجزء مفرز ، وفي هذه الحالة يتعدد حق الارتفاق بتعدد الأجزاء المفرزة ، ويكون لكل جزء مفرز نفس حق الارتفاق على العقار المرتفق به ، ولكن بشرط ألا يترتب على ذلك أية زيادة في عبء حق الارتفاق الأصلي . وقد تتم تجزئة العقار بأن يباع جزء منه لأجنبي ، فيصبح العقار مجزأً إلى قسمين وفي هذه الحالة أيضاً يكون لكل جزء منهما نفس حق الارتفاق على العقار المرتفق به ، على ألا يترتب على ذلك أية زيادة في عبء حق الارتفاق . وقد تتم تجزئة العقار بأن يرثه أكثر من واحد ، وفي هذه الحالة يبقى حق الارتفاق كما هو ، ولكن يستعمله أشخاص متعددون دون أن يزدوا في عبئه (٢) . ونرى من ذلك أنه في جميع الأحوال التي يتجزأ

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٣ - ص ٦٤٤) . ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٩٩١ : ١ - إذا جرى العقار المرتفق ، يبقى حق الارتفاق لكل جزء من أجزائه دون أن يزد العبء من جراء ذلك على العقار المرتفق به . ٢ - في حق المرور يتحتم على جميع الشركاء بالملك أن يستعملوه بنفس الوضع .

(والتقنين السوري يوافق التقنين المصري ، غير أنه لم يورد ما يقابل الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٤ مصري) .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٧٩ (مطابق) .

قانون الملكية المقاربية اللبناني م ٨٨ (مطابقة للمادة ٩٩١ سوري ، ونص المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

(٢) بودري وشوفو ققرة ١١٣٨ ص ٨٧٠ .

فيها العقار ، لا يتغير مدى حق الارتفاق ، حتى لو تجزأ إلى حقوق متعددة ، وحتى لو تعدد من يستعمله . والمهم هو ألا يترتب على تجزئة العقار زيادة في عبء حق الارتفاق ، كما تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ١٠٢٤ مدني سالفه الذكر : « على ألا يزيد ذلك في العبء الواقع على العقار المرتفق به » . فاذا كان مضمون حق الارتفاق هو أخذ كمية معينة من الرمل أو مقدار معين من الأحجار من الأرض المرتفق بها ، وتجزأ العقار على النحو الذي قدمناه فتجزأ حق الارتفاق إلى حقوق متعددة أو تعدد مستعملوه ، لم يجز أن يكون مجموع ما يؤخذ من الرمل أو من الأحجار من الأرض المرتفق بها بعد تجزئة العقار المرتفق أكثر مما كان يؤخذ قبل تجزئة هذا العقار . وإذا كان حق الارتفاق هو حق مرور من موضع معين من الأرض المرتفق بها ، وتجزأ العقار المرتفق ، فإن حق المرور بعد هذه التجزئة يجب أن يستعمل دائماً في هذا الموضع المعين دون أن يتعداه (١) .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٤ مدني سالفه الذكر على ما يأتي : « غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يفيد في الواقع إلا جزءاً من هذه الأجزاء ، فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى » . فاذا كان مضمون حق الارتفاق هو أخذ الكمية اللازمة من الأسمدة من الأرض المرتفق بها لتسميد كل الأرض المرتفقة ، ثم تجزأت هذه الأرض الأخيرة إلى جزأين متساويين ، فإن كل جزء يختص بنصف كمية الأسمدة التي كانت تؤخذ من قبل . فاذا كانت الأرض المرتفقة قد جزئت بين شريكين حتى يقيم أحدهما في الجزء الذي اختص به مصنعاً ويستبقى الشريك الآخر أرضه مخصصة للزراعة كما كانت ، فإن حق الارتفاق يبقى بالنسبة إلى هذه الأرض الأخيرة فتأخذ من الأرض المرتفق بها نصف كمية الأسمدة التي كانت تؤخذ من قبل . أما الجزء الذي خصص لبناء المصنع فلم يعد في حاجة إلى السماد لأنه لم يبق

(١) وتنص المادة ٧٠٠ / ٢ مدني فرنسي صراحة على هذا الحكم فتقول : « فثلاً إذا كان حق الارتفاق هو حق مرور ، فإن جميع الملاك في الشيوع أن يستعملوا هذا الحق في نفس الموضع » (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٧ - وانظر فيما يتعلق بحق اعتراف المياه بودري وشوفو فقرة ١١٣٨ ص ٨٧١) .

أرضاً زراعية ، فيكون لمالك العقار المرتفق به في هذه الحالة أن يطلب زوال حق الارتفاق بالنسبة إلى هذا الجزء (١) .

٦٠٤ - تجزئة العقار المرتفق به - نص قانوني : تنص المادة ١٠٢٥

مدني على ما يأتي :

١ - إذا جرىء العقار المرتفق به ، بقي حق الارتفاق واقعا على كل جزء منه .

٢ - غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يستعمل في الواقع على بعض هذه الأجزاء ولا يمكن أن يستعمل عليها ، فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذي يملكه (٢) .

ونخلص من هذا النص أن مدى حق الارتفاق يبقى كما هو عند تجزئة العقار المرتفق به ، كما رأينا يبق كما هو عند تجزئة العقار المرتفق . ويتم تجزئة العقار المرتفق به بالطرق نفسها التي تتم بها تجزئة العقار المرتفق ، وقد بينا ذلك فيما تقدم (٣) .

فاذا جرىء العقار المرتفق به ، صار كل جزء منه محملاً بنفس حق الارتفاق الذي كان للعقار كله محملاً به من قبل . فاذا كان مضمون حق الارتفاق هو عدم البناء في الأرض المرتفق بها ، وجزئت هذه الأرض ، فان كل جزء منها يكون محملاً بنفس حق الارتفاق وهو عدم البناء في هذا الجزء (٤) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٩ في المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٥ - ص ٦٤٧) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدنى السابق .

ومقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السوري لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٢٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٨٠ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٣ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٧ .

وإذا كان مضمون حق الارتفاق هو أخذ كمية معينة من الأحجار من محجر هو العقار المرتفق به ، وجزىء هذا المحجر إلى ثلاثة أجزاء متساوية ، فإن كل جزء منه يكون محملاً بحق ارتفاق هو أن يؤخذ منه ثلث كمية الأحجار التي كانت تؤخذ من قبل من المحجر كله (١) .

وإذا كان حق الارتفاق لا يستعمل في الواقع ولا يمكن استعماله على بعض الأجزاء التي انقسم إليها العقار المرتفق به ، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٥ مدني سالفه الذكر ، فلمالك كل جزء من هذه الأجزاء التي لا يمكن استعمال حق الارتفاق عليها أن يطلب زوال حق الارتفاق عن الجزء الذي يملكه ، إذ يصبح حق الارتفاق على هذه الأجزاء في هذه الحالة غير ذي موضوع . فإذا كان حق الارتفاق هو حق مرور من موضع معين في الأرض المرتفق بها ، أو حق شرب من مسقاة في الأرض المرتفق بها ، أو حق اغتراف المياه من عين في الأرض المرتفق بها ، أي كان حق الارتفاق بوجه عام مركزاً في مكان معين في الأرض المرتفق بها ، وتجزأت هذه الأرض ، فإن الجزء الذي يقع فيه مكان حق الارتفاق ، أي الجزء الذي يقع فيه طريق المرور أو المسقاة أو العين ، هو وحده الذي يبقى محملاً بحق الارتفاق كاملاً كما كان من قبل تجزئة العقار المرتفق به . ولمالك كل جزء آخر من الأجزاء التي لا يقع فيها مكان حق الارتفاق أن يطلب زوال هذا الحق من الجزء الذي يملكه ، لأن الحق لا يستعمل ولا يمكن أن يستعمل في هذا الجزء (٢) . ويتفق ملاك الأجزاء المختلفة التي انقسم لها العقار المرتفق به فيما بينهم على تعويض مالك الجزء المرتفق به الذي يقع فيه مكان حق الارتفاق ، والذي تحمل وحده دون سائر الأجزاء عبء هذا الحق .

٦٠٥ - استعمال حق الارتفاق - نص قانوني : نص المادة ١٠٢٠ مدني

على ما يأتي :

(١) ديمولومب ١٢ ققرة ٩٠٨ - لوران ٨ ققرة ٢٨٤ - بلانيول وريبير وبيكار

٣ ققرة ٩٧٧ - وقارن بودري وشوفو ققرة ١١٣٩ .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية

ص ٦٤٦ - وانظر بودري وشوفو ققرة ١١٣٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ ققرة ٩٧٧ .

١ - لملك العقار المرتفق أن يجري من الأعمال ما هو ضروري لاستعمال حقه في الارتفاق ، وما يلزم للمحافظة عليه ، وأن يستعمل هذا الحق على الوجه الذي ينشأ عنه أقل ضرر ممكن .

٢ - ولا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة في عبء الارتفاق (١) .

ونخلص من هذا النص أن مالك العقار المرتفق ، في استعماله لحق الارتفاق ، يملك أن يقوم بما هو ضروري من الأعمال لاستعماله . فإذا كان له حق ارتفاق بالمرور ، وكان استعمال هذا الحق يقتضي أن يقيم جسراً فوق ترعة أو مصرف ، أو كان له حق ارتفاق بالمجرى وكان استعمال هذا الحق يقتضي أن يحفر قناة تجري فيها المياه ، أو كان له حق ارتفاق بالشرب من بئر إرتوازي وكان استعمال هذا الحق يقتضي أن يقيم على البئر مضخة يجلب بها المياه ، كان له

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، غير أن نص المشروع التمهيدى كان يقسم الفقرة الأولى إلى فقرتين ، تبدأ الفقرة الثانية منهما بعبارة : «إلا أن عليه أن يستعمل حقه على الوجه إلخ إلخ» . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١١٠٤ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠١ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ضمت الفقرتان الأوليان في فقرة واحدة لارتباط الحكم ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ١٠٢٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٤ - ص ٦٣٦) .

ولامقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٨٩ : لملك العقار المرتفق الحق في أن يقيم في العقار المرتفق به كل المنشآت اللازمة لاستعمال هذا الارتفاق وصيانته .

م ٤/٩٩٢ : وكذلك من له حق ارتفاق لا يمكنه استعماله إلا وفقاً لمنطوق سنده ولا يجوز له أن يحدث في أرضه أو في العقار المرتفق به أى تعديل من شأنه إرهاب هذا العقار .

(وهذه الأحكام موافقة لأحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقى م ١٢٧٦ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٨٦ (مطابقة للمادة ٩٨٩ مدنى سورى ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

م ٤/٨٩ (مطابقة للمادة ٤/٩٩٢ مدنى سورى ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

أن يقيم الجسر أو يحفر القناة أو يقيم المضخة ، وكل هذه أعمال ضرورية لاستعمال حق الارتفاق . وكذلك يحق لمالك العقار المرتفق أن يجرى من الأعمال ما هو ضروري للمحافظة على حق الارتفاق . فإذا كان له حق ارتفاق بالمرور ، كان له أن يعبد الطريق الذي يمر منه ، وأن يرصفه عند الاقتضاء ، وأن يقوم بالإصلاحات اللازمة التي تقتضيها صيانة الطريق (١) . ويجب أن يكون القيام بهذه الأعمال على الوجه الأقل ضرراً للعقار المرتفق به ، ولصاحب هذا العقار الأخير أن يحدد ميعادا معقولا للفراغ منها (٢) ، ويبقى مالك العقار المرتفق حراً في أن يقوم بهذه الأعمال أو ألا يقوم بها ، فهذا حقه وليس واجبا عليه . ولكن إذا لم يقم بها ، وتسبب عن ذلك ضرر للعقار المرتفق به من جراء استعمال حق الارتفاق ، كان مالك العقار المرتفق مسئولاً عن التعويض (٣) .

ومالك العقار المرتفق ، في استعماله لحق الارتفاق ، يجب عليه من جهة ألا يجاوز حدود هذا الحق ، ويجب عليه من جهة أخرى ، حتى لو لم يجاوز هذه الحدود أن يستعمل حق الارتفاق على الوجه الذي لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن فلا يسيء استعمال هذا الحق . ونبحث كلا من الواجبين .

فالواجب الأول هو ألا يجاوز مالك العقار المرتفق حدود الارتفاق ، لا من حيث العقار المرتفق ولا من حيث مضمون الحق . فلا يحق له أن يجاوز حاجات العقار المرتفق إلى حاجات عقار آخر ، فحق الارتفاق إنما نشأ للوفاء بحاجات عقار معين . وكما لا يجوز لمالك العقار المرتفق أن يستوفي حاجات هذا العقار من غير العقار المرتفق به ، كذلك لا يجوز أن يستوفي من العقار المرتفق به حاجات عقار غير العقار المرتفق . ومجاوزة العقار المرتفق إلى عقار آخر ، كمجاوزة العقار المرتفق به إلى غيره من العقارات ، يعتبر في الحالتين

(١) بودرى وشوفو فقرة ١١٢٩ ص ٨٦٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٨ - وبديهي أن مالك العقار المرتفق يقوم بهذه الأعمال جميعاً في العقار المرتفق به ، بل إن النص (م ١/١٠٢٠ مدني) لاحتاجة له إلا لهذا الغرض ، لأن القيام بأعمال في العقار المرتفق هو من حق مالك هذا العقار دون حاجة إلى نص على ذلك (بودرى وشوفو فقرة ١١٢٩ ص ٨٦٠) .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١١٢٩ ص ٨٦٠ .

(٣) نقض فرنسي ١٥ مايو سنة ١٨٧٧ سيريه ٧٧ - ١ - ٢٩٦ - بودرى وشوفو

مجاوزه لحدود الارتفاق (١) . كذلك لا يجوز لمالك العقار المرتفق أن يجاوز حدود حق الارتفاق من حيث مضمون هذا الحق . فاذا كان الارتفاق حق مرور مقصوراً على المشى ، لم يجوز لمالك العقار المرتفق أن يمر راكباً (٢) ، أو أن تمر معه المواشي (٣) . وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٠ مدني سالفة الذكر : « ولا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة في عبء الارتفاق » . فاذا تقرر حق ارتفاق بالمرور لفائدة منزل للسكنى ،

(١) على أنه يجوز لمالك العقار المرتفق إذا لم يجاوز حاجة عقاره ، كما لو أخذ كمية المياه اللازمة لرى أرضه من مسقاة العقار المرتفق به ولم يزد عليها ، أن يستعمل المياه التي تتخلف عن رى أرضه في أغراضه ، كرى أرض مجاورة أو استخدام المياه لحاجات مصنع أقامه بجانب الأرض أو استخدامه كقوة محركة (بودري وشوفو فقرة ١١٣٤ ص ٨٦٧ - بلانيول وريبير ٣ فقرة ٩٨٢ ص ٩٦٢) .

(٢) نقض فرنسي ١٩ مارس سنة ١٨٦١ دالوز ٦١ - ١ - ١٦٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨١ ص ٩٦١ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا دفع المدعى عليه الدعوى بأن المدعى ، وإن كان له حق ارتفاق بالصرف ، إلا أنه لم يدع حقه على حاله وقت التعاقد ، بل إنه غير منه بأن أقام نضاحة على أطيانه ليستعين بها على صرف المياه ، فيكون من حق المدعى عليه أن يمنعه من الصرف بوضع سدود في المصرف - إذا دفع بهذا وتثبتت المحكة أن المدعى هو البادئ بأحداث التغيير في مضمون هذا الحق بإقامة النضاحة ، وأن المدعى عليه لم يكن منه إلا أنه وضع سداً في المصرف أمام أرضه ليحول دون مرور مياه الصرف فيه حتى يحمي أرضه من الضرر الذي يلحقها من جراء ذلك ، كما استظهرت أن المدعى لم يمتص على انتفاخه بالتغيير الذي أحدثه إلا فترة وجيزة لاتستأهل حماية وضع اليد ، وبناء على ذلك قضت برفض الدعوى ، فإن حكمها يكون مطابقاً للقانون (نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٥ رقم ١) .

ويعتبر مجاوزه لمضمون حق الارتفاق أن يغير مالك العقار المرتفق أو أن يطلب تغيير المكان الذي يستعمل فيه هذا الحق دون موافقة مالك العقار المرتفق به ، حتى لو لم يحدث أى ضرر للعقار المرتفق به (بودري وشوفو فقرة ١١٣٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨١ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣١٣ - إسماعيل غانم ص ٣٦) . وقد كان المشروع المنهية لنص المادة ١٠٢٣ مدني يتضمن نصاً يميز المالك للعقار المرتفق أن يطلب تغيير المكان الذي يستعمل فيه حق الارتفاق ، ولكن هذا النص قد حذف في لجنة مجلس الشيوخ لأن له توسيماً لحق الارتفاق وهو حق يجب أن يبقى في حدوده للضيقة (أنظر مايل ص ١٣٨٠ هامش ١) . وانظر في عهد التقنين المدني السابق ، عدم جواز أن يغير مالك العقار المرتفق مكان الارتفاق استئناف مخطوط ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠٢ - وقارن استئناف مخطوط ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٣ جازيت ٤ رقم ٦١ ص ٢٥ .

ثم استعمل جانب من هذا المترل معهدا أو ناديا أو مستوصفا ، لم يجوز أن يترتب على ما جد من حاجات المترل بسبب وجود المعهد أو النادي أو المستوصف أية زيادة في عبء الارتفاق . ويجب في هذه الحالة الاقتصار في حق المرور على ما كان عليه من قبل ، أو الاتفاق مع مالك العقار المرتفق به على توسيع حق المرور لمواجهة ما استجد من الحاجات (١) . ووجوب ألا يجاوز مالك العقار المرتفق حدود حق الارتفاق ، لا من حيث العقار المرتفق ولا من حيث مضمون الحق ، يراعى دون نظر لما إذا كان يترتب على هذه المجاوزة ضرر للعقار المرتفق به . فحتى لو لم يترتب على المجاوزة أى ضرر ، فإن المجاوزة في ذاتها إخلال بواجب مالك العقار المرتفق ، وتستوجب مسئوليته (٢) .

والواجب الثانى على مالك العقار المرتفق هو ألا يسئ استعمال حق الارتفاق ، حتى لو لم يجاوز حدود هذا الحق . ولكن يشترط هنا وقوع الضرر ، على خلاف ما قررناه في مجاوزة حدود حق الارتفاق . فيجب على مالك العقار المرتفق أن يستعمل حق الارتفاق على الوجه الذى لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن (م ١٠٢٠ / ١ مدنى سالفه الذكر) ، فإن استعمله على وجه يضر بالعقار المرتفق به ضررا كان يمكن تجنبه لو أنه استعمله على وجه آخر يعود عليه بالفائدة المستحقة ، تحققت مسئوليته . ويترك ذلك لتقدير قاضى الموضوع ، فهو الذى يبت فيما إذا كان مالك العقار المرتفق قد أساء استعمال حق الارتفاق (٣) .

-
- (١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٩ - وانظر بودرى وشوفو فقرة ١١٢٤ ص ٨٦٧ - ص ٨٦٨ - أما إذا تقرر حق الارتفاق بصفة عامة ، وليس بالنظر لاستعمال معين حدد على وجه اللقطة ، فإنه يجب مراعاة ، ليس فحسب الحاجات الحالية ، بل أيضاً الحاجات المستقبلية التى تستجد فيما بعد (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٣٠ - بودرى وشوفو فقرة ١١٣٤ ص ٨٦٨ - بلانيول وريبير وييكار ٣ فقرة ٩٨٣ ص ٩٦٤ - مارتى وريبنو فقرة ١٦٠ ص ١٧٩ - ص ١٨٠ - نقض فرنسى ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ سيده ١٩٢٩ - ١ - ٢٩٦) .
- (٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٣٠ وما بعدها - بودرى وشوفو فقرة ١١٢٤ - بلانيول وريبير وييكار ٣ فقرة ٩٨١ ص ٩٦٢ .
- (٣) استئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٤ - وانظر بودرى وشوفو فقرة ١١٢٥ - بلانيول وريبير وييكار ٣ فقرة ٩٨١ ص ٩٦٥ - وانظر في أمثلة متنوعة : =

وأى إخلال بالواجبين المتقدم ذكرهما من جانب مالك العقار المرتفق جزاؤه إلزامه بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، وكذلك التعويض إن كان له مقتضى . ويترك بوجه عام لتقدير قاضي الموضوع اختيار الجزاء المناسب وفقا للظروف المختلفة . أما التعويض فلا يطالب به إلا مالك العقار المرتفق نفسه الذى ارتكب المخالفة ، لأنه مترتب فى ذمته كالتزام شخصى . وأما إعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، فيطالب بها مالك العقار المرتفق الذى ارتكب المخالفة وكذلك كل خلف خاص تنتقل إليه ملكية هذا العقار ولو لم يكن هو الذى ارتكب المخالفة ، وذلك بأنها تكليف عيني يتقل العقار نفسه ويتبعه فى أى يد ينتقل إليها هذا العقار (١) .

٦٠٦ - نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه

نص قانونى : تنص المادة ١٠٢٢ مدنى على ما يأتى :

١ - نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على مالك العقار المرتفق ، مالم يشترط غير ذلك .

٢ - فإذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته ، كان له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق .

٣ - وإذا كانت الأعمال نافعة أيضا لمالك العقار المرتفق به ، كانت نفقة الصيانة على الطرفين ، كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة (٢) .

= نقض فرنسى ١٥ مارس سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٢-١-٣٠٩ - ٧ فبراير سنة ١٩٤٩ Bull. civ. ١٩٤٩ ص ١١٨ فقرة ٤٧ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٢ جازيت دى باليه ١٩٥٤ - ١ - ١٠٦ - ١٢ يولييه سنة ١٩٥٤ Bull. civ. ١٩٥٤ - ١ - ص ٢٢٢ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٤ - مازو فقرة ١٧٢٣ .

(١) نقض فرنسى ٧ فبراير سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٤٩ - ١ - ١٤٦ - ديمولومب ١٢ فقرة ٨٩٥ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٥ - وانظر عكس ذلك أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٤ ص ١٣٦ - ص ١٣٧ وهامش ٤ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٩٣ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٦ فى المشروع النهائى - ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٣ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٨ - ص ٦٤٠) . =

ويخلص من هذا النص أن الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون نفقاتها في الأصل على مالك العقار المرتفق ، فهو الذي يستفيد من حق الارتفاق ، فيجب عليه تبعا لذلك أن يدفع نفقات هذه الاستفادة . ويتحمل هذه النفقات حتى لو كانت عن أعمال اقتضى اجراءها عيب في العقار المرتفق (١) ، أو اقتضاها تغيير محل الارتفاق بسبب تعديل في الوضع القائم للأشياء (٢) . أما إذا كان هناك خطأ اقتضى إجراء هذه الأعمال ، فنفقتها تكون على من ارتكب هذا الخطأ على سبيل التعويض . فإذا كان الذي ارتكب الخطأ هو مالك العقار المرتفق به كانت نفقاتها عليه دون حاجة إلى اتفاق خاص على ذلك (٣) ، وإذا كان هو مالك العقار المرتفق تحمل نفقة هذه الأعمال حتى لو كان هناك اتفاق على أن تكون النفقة على مالك العقار المرتفق به (٤) . ولكن القاعدة التي تقضي بأن تكون نفقة الأعمال على مالك العقار المرتفق به ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق في نفس السند الذي أنشأ حق الارتفاق أو في وقت لاحق على أن تكون نفقة الأعمال على مالك العقار المرتفق به . وفي هذه الحالة يكون التزام هذا الأخير بنفقة الأعمال التزاماً عينياً (obligation réelle) ، إذ أن سبب الالتزام هنا هو

= ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٩٠ : إن أكلاف المنشآت اللازمة لاستعمال الارتفاق وصيانته

هي على عاتق مالك العقار المرتفق . (وهذا الحكم يوافق حكم التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٧٧ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٨٧ (مطابقة للمادة ٩٩٠ مدني سوري ، وهذه المادة

الآخيرة مأخوذة منها) .

(١) بودري وشوفو فقرة ١١٣٢ ص ٨٦٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٨ -

نقض فرنسي ٧ ديسمبر سنة ١٨٥٩ دالوز ٦٠ - ١ - ٢٣ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٨ - نقض فرنسي ١١ ديسمبر سنة ١٨٦١

دالوز ٦٢ - ١ - ٧٩ .

(٣) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٨ - بودري وشوفو فقرة ١١٣٢ - بلانيول

وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٨ - نقض فرنسي ٧ ديسمبر سنة ١٨٥٩ دالوز ٦٠ - ١ - ٢٣ .

(٤) بودري وشوفو فقرة ١١٣٢ ص ٨٦٥ .

ملكيتة للعقار المرتفق به (*propter rem*) (١) . وينبئ على ذلك أن هذا الالتزام لا ينتقل إلى الورثة الشخصيين لمالك العقار المرتفق به ، بل ينتقل إلى كل من تنتقل إليه ملكية هذا العقار حتى لو كان خلفاً خاصاً . وينبئ على ذلك أيضاً ، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٢ مدني سالفه الذكر ، أن يكون لمالك العقار المرتفق به أن يتخلص من هذا الالتزام بالتخلي عن العقار المرتفق به لمالك العقار المرتفق ، يتخلى عنه كله إذا كان حق الارتفاق يتناول كل العقار المرتفق به كالارتفاق باستخراج الأحجار من محجر ، ويتخلى فقط عن الجهة التي يباشر فيها حق الارتفاق كالارتفاق بالمرور من طريق معين فيكون التخلي عن هذا الطريق وحده . وهذا هو المقصود من العبارة التي وردت في الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٢ مدني ، وهي «التخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه » (٢) .

وتقول الفقرة الثالثة من المادة ١٠٢٢ مدني سالفه الذكر : « وإذا كانت الأعمال نافعة أيضاً لمالك العقار المرتفق به ، كانت نفقة الصيانة على الطرفين ، كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة » . فإذا كان هناك ارتفاق بالمرور ، وكان الطريق المخصص لمرور مالك العقار المرتفق يمر منه أيضاً مالك العقار المرتفق به ويعود عليه من المرور فيه قدر متساو للفائدة التي تعود على مالك العقار المرتفق ، كانت نفقة صيانة الطريق مناصفة بين المالكين . وإذا كان الارتفاق هو اغتراف المياه من عين

(١) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٦ - بودري وشوفو فقرة ١١٣١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٩ ص ٩٥٩ - نقض فرنسي ١١ مايو سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٣٦٥ .

(٢) ويكون لمالك للعقار المرتفق به الحق في التخلي حتى لو نزل عن هذا الحق ، وحتى لو ظل يدفع النفقات مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ثم أراد التخلي بعد ذلك (أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٦ - بودري وشوفو فقرة ١١٣١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٩ ص ٩٥٩) . ويصح التخلي لتخلص من النفقات ، حتى ما استحق منها قبل التخلي (أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٦ - بودري وشوفو فقرة ١١٣١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٩ ص ٩٥٩) .

والتخلي لإرادة منفردة تصدر من مالك العقار المرتفق به وحده ، ولا حاجة لقبولها من مالك العقار المرتفق ، بل يكفي إخطاره بها (نقض فرنسي ١١ مايو سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٣٦٥ - جرينويل ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٢ دالوز ١٩٤٣ - ٣٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٩ ص ٩٥٩ - مارتى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ ص ١٨٣) .

موجودة في العقار المرتفق به ، وكان مالك هذا العقار الآخر يغترف هو أيضاً من هذه العين ثلاثة أمثال ما يغترفه مالك العقار المرتفق ، فان نفقة صيانة العين يتحملها كل منهما ، فيتحمل مالك العقار المرتفق به ثلاثة أرباع النفقات ، ويتحمل مالك العقار المرتفق الربع الباقي (١) . وفي جميع هذه الأحوال يكون التزام مالك العقار المرتفق به بالمساهمة في النفقات ليس التزاماً عيذاً ، لأنه لا يساهم في النفقات بسبب ملكيته للعقار المرتفق به كما هو الأمر عند ما يلتزم بالنفقات بموجب اتفاق خاص فيما قدمنا ، بل لأنه ينتفع بالأعمال انتفاع مالك العقار المرتفق فيساهم ينسبة ما انتفع . وعلى ذلك لا يجوز له ، كما جاز في حالة التزامه بالنفقات بموجب اتفاق خاص ، أن يتخلص من المساهمة في النفقات بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه .

§ ٢ - الدعاوى المنحولة لمالك العقار المرتفق

٦٠٧ - دعوى الإقرار بحق الارتفاق : لمالك العقار المرتفق دعوى

عينية هي دعوى الإقرار بحق الارتفاق (action confessoire de servitude) يطلب فيها من مالك العقار المرتفق به ، أو من أى حائز لهذا العقار ، الإقرار له بحق ارتفاقه على العقار المرتفق . ويقدم إثباتاً لدعواه الطريقة التي كسب بها حق الارتفاق ، وهي إحدى الطرق التي يكسب بها هذا الحق (٢) ، وقد تقدم بيانها . وهذه الدعوى ، بالنسبة إلى حق الارتفاق ، تقابل دعوى الاستحقاق (action en revendication) بالنسبة إلى حق الملكية . ويطلب فيها المدعى تمكينه من استعمال حق ارتفاقه ، كما يطلب المدعى في دعوى الملكية تسليمه العين محل حق الملكية . ويجوز أيضاً للمدعى أن يطلب هدم المنشآت التي أقيمت مخالفة لحق الارتفاق كإزالة المباني في حالة الارتفاق بعدم البناء (٣) ، وكذلك الحكم بغرامة تهديدية (astreintes)

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦

ص ٦٢٩ - وانظر بيودري وشوفو فقرة ١١٤٢ .

(٢) أنظر في ذلك بيودري وشوفو فقرة ١١٤٦ ص ٨٧٩ هامش ٢ .

(٣) نقض فرنسي ١٣ مارس سنة ١٩٦٣ ١٩٦٣ D. ١٩٦٣ - ٧٩ - ٤ يناير

سنة ١٩٦٣ - سير ١٩٦٣ - ٢٥٤ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٦٣ J.C.P. ١٩٦٣ - ٢ -

١٣٩٠٩ - ١٦ - مارس سنة ١٩٦٤ جازيت دي باليه ٢٤ - ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٦٤ - ٤ مايو

سنة ١٩٦٤ J.C.P. ١٩٦٤ - ٢ - ١٣٧٩٠ - مارتى ورينو فقرة ١٦٥ .

لإجبار المدعى عليه على تمكينه من استعمال حق الارتفاق (١) .

٦٠٨ - دعاوى الحيازة المتعلقة بحق الارتفاق في القانون الفرنسي :

وكما أن دعاوى الحيازة تحمي الحيازة بالنسبة إلى حق الملكية ، فمن المسلم به في القانون الفرنسي أن هذه الدعاوى تحمي الحيازة أيضاً بالنسبة إلى حق الارتفاق . فيستطيع مالك العقار المرتفق أن يلجأ إلى دعوى منع التعرض وإلى دعوى وقف الأعمال الجديدة ، إذا توافرت شروط كل من هاتين الدعويتين ، لحماية حيازته لحق الارتفاق من أى تعرض يقع على هذه الحيازة ، سواء من مالك العقار المرتفق به أو من الغير . ولكن يشترط في القانون الفرنسي أن يكون حق الارتفاق ، إذا كان سببه التقادم أو تخصيص المالك الأصلي ، مستمراً وظاهراً ، لأن حق الارتفاق المستمر الظاهر هو وحده الذى يمكن كسبه بالتقادم أو تخصيص المالك الأصلي . فان كان سبب الارتفاق هو السند ، العقد أو الوصية ، جاز الالتجاء إلى دعاوى الحيازة أيا كان نوع حق الارتفاق ، ولو كان غير مستمر أو كان غير ظاهر ، لأن السند ينفي عن حق الارتفاق أية شبهة من أن تكون حيازته حيازة عرضية (٢) . ويستثنى من دعاوى الحيازة دعوى استرداد الحيازة ، فهذه تفترض أن عملاً من أعمال العنف قد وقع على حيازة مادية فانتزعها من صاحبها . ولما كانت حيازة حق الارتفاق لا تكون حيازة مادية ، لذلك لا يجوز لصاحب هذا الحق أن يلجأ إلى دعوى استرداد الحيازة (٣) .

٦٠٩ - دعاوى الحيازة المتعلقة بحق الارتفاق في القانون المصرى :

أما في القانون المصرى فالأمر يختلف ، إذ أن هذا القانون لا يشترط أن يكون حق الارتفاق مستمراً حتى يمكن كسبه بالتقادم أو بتخصيص المالك الأصلي . لذلك نرى أن كل حق ارتفاق ، ولو كان غير مستمر ، كسب بالتقادم أو بتخصيص المالك الأصلي ، تمكن حماية حيازته بدعوى منع

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٦ .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١١٤٦ ص ٨٧٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٧ -

مارق ورينو فقرة ١٦٦ - وهنا يجمع القضاء الفرنسى بعض الشيء بين دعوى الحيازة ودعوى الموضوع (مازو فقرة ١٧٢٤ ص ١٣٦٠) .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٧ ص ٩٧٠ .

التعرض وبدعوى وقف الأعمال الجديدة . ولا يشترط إلا أن يكون حق الارتفاق ظاهراً ، لأن الارتفاقات الظاهرة هي وحدها التي يمكن كسبها بالتقادم وبتخصيص المالك الأصلي (١) . فإذا كسب حق الارتفاق بالسند ، العقد أو الوصية ، فإنه يمكن حماية حيازته دائماً بدعوى منع التعرض وبدعوى وقف الأعمال الجديدة ، ولو كان ارتفاقاً غير مستمر ، أو كان ارتفاقاً غير ظاهر . .

ولا نرى مانعاً من جواز الالتجاء إلى دعوى استرداد الحيازة ، في الحالات التي يظهر فيها بوضوح أن عملاً من أعمال العنف قد انتزع من صاحب حق الارتفاق حيازته لهذا الحق . فإذا كان حق الارتفاق إلى هو ارتفاق بالمطل مثلاً ، وأقام مالك العقار المرتفق به حائطاً محاذياً للنافذة فسدها سداً تاماً ، فلماذا لا يجوز لصاحب حق الارتفاق أن يلجأ دعوى استرداد الحيازة في هذه الحالة وقد انتزعت منه حيازته بعمل من أعمال العنف ؟ وكذلك الأمر في حق الارتفاق بالمرور ، إذا عمد مالك العقار المرتفق به إلى هدم الجسر الذي يباشر عليه حق الارتفاق ، فإنه يجوز في هذه الحالة لصاحب حق الارتفاق أن يلجأ إلى دعوى استرداد الحيازة بعد أن انتزعت حيازته لحقه بعمل من أعمال العنف .

للبحث الثاني

الآثار بالنسبة إلى مالك للعقار المرتفق به

٦١٠ - مألناه : نبحث هذه الآثار : (١) من حيث واجبات مالك العقار المرتفق به . (٢) ومن حيث الدعاوى المحولة لمالك هذا العقار .

١ - واجبات مالك العقار المرتفق به

٦١١ - نص قانوني : تنص المادة ١٠٢٣ ملني على ما يأتي :

١ - لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئاً يؤدي إلى الانقاص من استعمال حق الارتفاق أو جعله أكثر مشقة . ولا يجوز له

(١) أما في عهد التقنين الملني السابق ، فقد كان يقضى بأن دعاوى الحيازة لا تحمي إلا حقوق الارتفاق الظاهرة المستمرة (استئناف مخطط ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ م ٧٥ ص ٤٢ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٣٥) .

بوجه خاص أن يغير من الوضع القائم ، أو أن يبدل بالوضع المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق موضعاً آخر .

٢ - ومع ذلك إذا كان الموضع الذي عين أصلاً قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به ، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار ، أو إلى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبي إذا قبل الأجنبي ذلك . كل هذا متى كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق » (١) ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ١/٩٩٢ و ٢ و ٣ - وفي التقنين المدني الليبي م ١٠٢٦ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٧٨ / ١ و ٢ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٨٩ و ٢ و ٣ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدي كان يتضمن في الفقرة الثانية عبارة أخيرة تجرى على الوجه الآتي : «ويصح أيضاً لمالك العقار المرتفق أن يطلب تغيير الموضع المعين لاستعمال حق الارتفاق ، إذا أثبت أن في هذا التغيير فائدة محسوسة له دون أن يكون فيه إضرار بالعقار المرتفق به » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١١٠٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٤ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية السابق بيانها ، وذلك حسماً للمنازعات ، ولأن في هذه العبارة توسعة لحق الارتفاق وهو حق ثقيل يجب أن يبتى في حدوده الضيقة . وقد أصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ١٠٢٣ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ من ٦٤٠ - ص ٦٤٣) :

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ١/٩٩٢ و ٢ و ٣ :

١ - لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يأتي بعمل يرمي إلى قصر استعمال الارتفاق أو إلى جعله أكثر مشقة . ٢ - فلا يجوز له أن يغير وضعية الأماكن ، أو أن يحول الارتفاق إلى مكان غير المكان المعين له قديماً . ٣ - إنما إذا كان الارتفاق في مكانه القديم قد أصبح أشد إرهاباً لمالك العقار المرتفق به ، أو كان يمنعه من القيام باصلاحات مفيدة ، فله أن يعرض على صاحب العقار المرتفق حكماً بسهولة المكان الأول لاستعمال حقوقه ، ولا يحق لهذا الأخير أن يرفض العرض . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

ويخلص من هذا النص أن واجبات مالك العقار المرتفق به واجبات سلبية محضة . فهو ليس مكلفاً بأي عمل إيجابي ، لأن حق الارتفاق سلطة مباشرة لصاحب هذا الحق على العقار المرتفق به ، يباشرها دون وساطة مالك هذا العقار ودون تدخله . وكل ما يطلب من مالك العقار المرتفق به هو الامتناع عن أي عمل يؤدي إلى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق ، أو جعله أكثر مشقة (١) . فإذا أخل بهذا الواجب السلبى ، وأقدم على عمل يؤدي إلى هذه النتيجة ، منع من ذلك ، وأجبر على التعويض إن كان له مقتضى . وليس له بوجه خاص أن يغير إرادته وحده الموضع المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق ، وذلك ما لم تتوافر شروط معينة بينها الفقرة الثانية من النص سالف الذكر (٢) . وقد يلتزم مالك العقار المرتفق به استثناء بأعمال إيجابية ، وقد ورد مثل لها في الترامه بدفع نفقات الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه إذا اشترط عليه ذلك (٣) ، وهناك مثل آخر سبق بيانه هو أن يلتزم بعمل إضافي يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف (م ١٠٢١ مدني) ، ولكن يجب أن يكون هذا العمل الإيجابي في جميع الأحوال عملاً إضافياً ينزل من استعمال حق الارتفاق مترلة التابع من المتبوع ، وقد تقدم بحث ذلك (٤) . فيبقى إذن مسائل ثلاث نبحثها على التعاقب : (١) امتناع مالك العقار المرتفق به من أي عمل يعوق استعمال حق الارتفاق . (٢) الجزاء المترتب على الإخلال بهذا الواجب . (٣) إمكان تغيير الموضع المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق بشروط معينة .

= التقنين المدني الليبي م ١٠٢٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٧٨/٢٠١ (مطابق) - ويوجد في التقنين العراقي فقرة ثالثة لهذه المادة تطابق العبارة الأخيرة من المادة ١٢٩٤ من المشروع التمهيدي من التقنين المدني المصري ، وهي العبارة التي حذفت في لجنة مجلس الشيوخ : أنظر آنفاً ص ١٣٨٠ هامش (١) .
قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٨٩ و ٣٠٢ (مطابق للمادة ١/٩٩٢ و ٣٠٢ من التقنين

السوري وهذا النص الأخير مأخوذ من النص اللبناني) .

(١) أنظر مازو فقرة ١٧٢٢ ص ١٣٥٨ .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦

ص ٦٤١ - ص ٦٤٢ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٦ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٥٧٢ .

٦١٢ - امتناع مالك العقار المرتفق به عن أى عمل يعوق استعمال

حق الارتفاق : إذا تقرر حق ارتفاق على العقار المرتفق به أو على موضع معين منه ، فإن تقرير هذا الحق لا يحرم مالك العقار المرتفق به من ملكه ، فلا يزال العقار المرتفق به وكل موضع فيه ملكا له ، يباشر عليه حقوق المالك من استعمال واستغلال وتصرف . وكل ما ترتب على حق الارتفاق أنه أوجب على مالك العقار المرتفق به إلا يمس ، في استعماله لحقوق ملكيته ، بحق الارتفاق (١) .

فاذا كان الارتفاق حق مرور من موضع معين ، فإن هذا الموضع يبقى ملكا لمالك العقار المرتفق به ، وله أن يقيم عليه من الأبنية ما يشاء ، بشرط أن يترك مسافة كافية تسمح لصاحب حق الارتفاق بالمرور . ومن باب أولى يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يمر من هذا الموضع المعين كما يمر مالك العقار المرتفق ، بشرط ألا يعوق مرور الأول مرور الثاني . وله كذلك أن يقيم بابا على الطريق ، بشرط أن يسلم مفتاحا لهذا الباب لصاحب حق الارتفاق (٢) . وإذا كان الارتفاق حق مرعى أو حق الاغتراف من عين أو حق احتطاب الأشجار ، فإن المرعى والعين والأشجار تبقى ملكا لمالك العقار المرتفق به ، وله هو أيضا أن يرعى مواشيه وأن يغترف المياه من العين وأن يحتطب الأشجار ، وذلك كله بشرط ألا يعوق صاحب حق الارتفاق من رعى مواشيه ومن اغتراف المياه ومن احتطاب الأشجار كما يقضى حق ارتفاقه (٣) .

فكل ما يجب إذن على مالك العقار المرتفق به هو ألا يعوق استعمال حق الارتفاق ، فلا يعمل شيئا يؤدي إلى الانتقاص من استعمال هذا الحق ، أو

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٤ ص ١٣٥ وما بعدها - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٢ ص ٨٧٤ - ص ٨٧٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٨ ص ٩٧١ - نقض فرنسي ١٧ فبراير سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٧ - ١ - ١٩٤ .

(٢) نقض فرنسي ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ١٨٩ وله بوجه عام أن يحوط ملكه (نقض فرنسي أول مارس سنة ١٩٤٤ J.C.P. ١٩٤٥ الطبعة الحادية عشرة فقرة ٢٩١٤) ، إلا إذا كان هذا التحويط يعوق استعمال حق المرور (نقض فرنسي ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٢ جازيت دي باليه ١٩٣٢ - ٢ - ٥٥٢) . وانظر في حق المالك للعقار المرتفق به في حفر أنفاق ومد مواسير تحت الطريق : نقض فرنسي ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٧ دالوز ١٩٣٨ - ١ - ٦٢ - ١٤ أكتوبر ١٩٦٣ دالوز ١٩٦٣ - ٥١٣ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١١٤٢ ص ٨٧٥ .

يؤدي إلى جعل هذا الاستعمال أكثر مشقة . وهذا الواجب يقابل واجب مالك العقار المرتفق من استعمال حقه بحيث لا يجعل هذا الاستعمال أكثر مشقة على مالك العقار المرتفق به ، أو يزيد في عبء حق الارتفاق^(١) . فإذا كان الارتفاق حق مرور ، لم يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يزرع الطريق أو أن يغرس فيه من الأشجار ما يعوق المرور من الطريق ، أو يجعل المرور أكثر مشقة^(٢) . وإذا كان الارتفاق حق مرعى ، لم يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يقلب الأرض أو يحولها إلى أرض للبناء أو يقيم فيها مصنعا ، بحيث تصبح غير صالحة للرعى فيها أو تجعل الرعى عسيرا^(٣) . وتقدير ذلك متروك لقاضي الموضوع ، فهو الذي يبت فيما إذا كان العمل قد أدى إلى إعاقة استعمال حق الارتفاق ، أى إلى الانتقاص من هذا الاستعمال أو إلى جعله أكثر مشقة ، ناظرا في ذلك إلى ملاسبات كل قضية وإلى الوضع القائم وإلى الشروط الواردة في سند حق الارتفاق وإلى النية المفترضة للطرفين وإلى الضرر الذي أحاق بمالك العقار المرتفق وإلى غير ذلك من الظروف^(٤) .

٦١٣ - الجزاء المترتب على إهمال مالك العقار المرتفق به بواجبه :

فإذا أخل مالك العقار المرتفق به بواجبه ، وأتى بأعمال تعوق استعمال حق الارتفاق بأن تنتقص من هذا الاستعمال أو تجعله أكثر مشقة ، ألزم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، وبالتعويض إن كان له مقتض . والتعويض لا يطالب به إلا مالك العقار نفسه الذي ارتكب المخالفة ، لأنه مترتب على التزام شخصي في ذمته . أما إعادة الحالة إلى ما كانت عليه فيطالب بها مالك العقار المرتفق به الذي ارتكب المخالفة وكذلك كل خلف خاص تنتقل إليه ملكية هذا العقار

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٥ .

(٢) متر ١٩ يناير سنة ١٨٥٨ دالوز ٥٨ - ٢ - ٢٠ - بودرى وشوفو فقرة

١١٤٠ ص ٨٧٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٨ ص ٩٧٢ .

(٣) نقض فرنسي ٩ مايو سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٧ - ١ - ٢٩٣ - بودرى وشوفو

فقرة ١١٤٠ ص ٨٧٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٨ ص ٩٧٢ .

(٤) نقض فرنسي ١٤ نوفمبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٢ - ١ - ١١٩ - بودرى

وشوفو فقرة ١١٤٠ ص ٨٧٤ (عند الشك يفسر السند لمصلحة مالك العقار المرتفق به) - بلانيول

وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٨ ص ٩٧١ .

ولو لم يكن هو الذى ارتكب المخالفة . ذلك بأن إعادة الحالة إلى ما كانت عليه . إنما هي تكليف عيني يثقل العقار نفسه ، ويتبعه في أى يد ينتقل إليها هذا العقار . وقد قدمنا مثل ذلك في الجزاء على مخالفة مالك العقار المرتفق لواجبه ، من عدم مجاوزة حدود حق الارتفاق ، ومن عدم إساءة استعمال هذا الحق (١) .

٦١٤ - إبطاله تغيير الموضع المدين لأصله لاستعمال حق المرور :

وإذا كان استعمال حق الارتفاق قد تركز في موضع معين ، كطريق أعد لاستعمال حق المرور ، فإن هذا الموضع الذى عين لاستعمال حق الارتفاق يبقى في الأصل كما هو دون تغيير . فلا يستطيع مالك العقار المرتفق به أن يغيره بإرادته وحده دون اتفاق مع مالك العقار المرتفق ، كما لا يستطيع مالك العقار المرتفق أن يغيره بإرادته وحده دون اتفاق مع مالك العقار المرتفق به . أما عدم جواز استقلال مالك العقار المرتفق بتغيير الموضع الأصلي لاستعمال حق الارتفاق ، فأمر مطلق لا يرد عليه أى استثناء (٢) . وأما عدم جواز استقلال مالك العقار المرتفق به بتغيير هذا الموضع الأصلي ، فيرد عليه استثناء نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٣ مدني فيما رأينا (٣) .

فيجوز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب تغيير الموضع الأصلي لاستعمال حق الارتفاق ، ولو بغير موافقة مالك العقار المرتفق ، إذا كان هذا الموضع قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعا من إجراء تحسينات في العقار المرتفق به . ويكون الموضع الأصلي قد أصبح من

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٠٥ في آخرها . وانظر ديمولومب ١٢ فقرة ٨٩٥ - بلانيول وريير ويكار ٣ فقرة ٩٨٥ .

وهناك رأى يذهب إلى أن الخلف الخاص لمالك العقار المرتفق به لا يكون مسئولاً عن إعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، وكل ما يجب عليه هو أن يترك مالك العقار المرتفق بفعل ذلك بنفسه ، ثم يرجع هذا الأخير بالنفقات على مالك العقار المرتفق به ذاته الذى ارتكب المخالفة . (لوران ٨ فقرة ٢٧١ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٤ ص ١٢٦ - ص ١٢٧ وهابش ٤ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤١ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٠٥ في الهامش .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٦١١ .

شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق إذا كان هذا الارتفاق مثلاً ارتفاقاً بالمجرى حفرت لاستعماله قناة لتوصيل المياه، ثم أصبحت هذه القناة في موضعها الأصلي عائقاً لتصريف المياه من الأرض المرتفق بها . فعندئذ يحق لمالك العقار المرتفق به أن يطلب نقل المجرى إلى مكان آخر لا يعوق تصريف المياه (١) . ويكون الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به إذا كان هذا الارتفاق مثلاً ارتفاقاً بالمرور ، وأراد مالك العقار المرتفق به أن يقيم أبنية مفيدة لعقاره ولكنها تسد الطريق الذي يستعمل فيه حق المرور . فعندئذ يحق له أن يطلب نقل الطريق إلى مكان آخر ، فيتمكن بذلك من إقامة الأبنية التي يريد بها .

وفي جميع الأحوال لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يغير الموضع الأصلي لحق الارتفاق من تلقاء نفسه ، بل يجب عليه أولاً أن يفاوض مالك العقار المرتفق في هذا التغيير ، فإن أبى رفع مالك العقار المرتفق به الأمر للقضاء ، ومحكمة الموضوع هي التي تبت فيما إذا كان للتغيير مبرر على النحو الذي قدمناه . ثم إن مالك العقار المرتفق به يجب عليه أن يقدم موضعاً آخر ينتقل إليه استعمال حق الارتفاق ، ويجب أن يكون هذا الموضع الآخر يتيسر فيه هذا الاستعمال بالقدر الذي كان ميسوراً به في الموضع السابق ، وقاضي الموضوع هنا أيضاً هو الذي يبت في ذلك (٢) . ويصح أن يكون هذا الموضع الآخر في العقار المرتفق به نفسه ، أو في عقار آخر مملوك لصاحب العقار المرتفق به نفسه ، أو مملوك لأجنبي بشرط أن يوافق الأجنبي على ذلك . وفي جميع هذه الأحوال لا يحق لمالك العقار المرتفق أن يرفض تغيير الموضع الأصلي ، مادام قد ثبت أن هذا الموضع الأصلي من شأنه أن يلحق ضرراً بالعقار المرتفق به أو أن يمنع عنه فائدة بحيلولته دون إجراء تحسينات في هذا العقار ، وما دام قد ثبت أن الموضع الجديد لا يلحق

(١) أنظر في جوار تغيير الموضع الأصلي الطريق الذي يباشر عليه حق المرور إذا منع هذا الطريق في حالته الأصلية مالك العقار المرتفق به من أن يحوط ملكه . محكمة إكس ٩ مايو سنة ١٩٥٠ والموز ١٩٥٠ - ٥٩٠ .

(٢) فيجب إذن ألا يلحق تغيير الموضع الأصلي لحق الارتفاق أي ضرر بمالك العقار المرتفق (نقض فرنسي ٩١ أبريل سنة ١٩٤٢ دالموز ١٩٤٢ - ١ - ٢١٢) . وينظر في وجود الضرر ، لا إلى الوقت الذي أنشئ فيه حق الارتفاق ، بل إلى الوقت الذي يتم فيه تغيير الموضع الأصلي (ديبولومب ٢١ فقرة ٨٩٩ - بودري وشوفو فقرة ١١٤٤ ص ٨٧٨) .

أى ضرر يملك العقار المرتفق بل يبقى استعمال حق الارتفاق ميسورا كما كان من قبل (١) .

وتكاليف نقل استعمال حق الارتفاق إلى موضع آخر يتحملها مالك العقار المرتفق به ، إذ أن هذا النقل قد تم تحقيقا لمصلحته (٢) . ولا يستحق مالك العقار المرتفق أى تعويض عن هذا النقل ، لأن المفروض أنه لم يصبه من جرائه أى ضرر (٣) .

ويستوى ، في جواز تغيير الموضع الأصلي لحق الارتفاق بالشروط المتقدم بيانها ، أن يكون سبب الارتفاق التصرف القانوني (العقد أو الوصية) أو تخصيص المالك الأصلي أو التصادم ، كما يستوى أن يكون الموضع الأصلي قد تعين بالارتفاق أو بموجب حكم قضائي (٤) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٦) . وإذا جاز تغيير الموضع الأصلي لحق الارتفاق ، فإنه يجوز كذلك ، ومن باب أولى ، تغيير موضع أى ارتفاق تبعي . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه يجب في حق الارتفاق التبعي أن يكون ضرورياً للانتفاع بحق الارتفاق الأصلي ، وبالقدر اللازم لتوافر هذا الانتفاع . وإذا كانت المادة ١٠٢٣ مدني التي قننت ما كان مقرراً في ظل القانون المدني القديم قد أجازت ، في حالة ما إذا كان الموضع الذي عين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به ، أن يطلب مالك هذا العقار نقل الارتفاق إلى موضع آخر متى كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق ، فإنه يتأدى من ذلك جواز تعديل حق الارتفاق الأصلي في الأحوال المبينة بالمادة ١٠٢٣ مدني مألوفة الذكر ، ومن باب أولى جواز تعديل حق الارتفاق التبعي في تلك الأحوال كذلك (نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٢٢ ص ٧٨٦) .

(٢) نقض فرنسي ٨ ماي سنة ١٨٨٢ دالوز ٨٢ - ١ - ٣١١ - بودري وشوفو فقرة ١١٤٤ ص ٨٧٨ هامش ٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٩ .

(٣) نقض فرنسي ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣ - ١ - ٤٠٨ - بودري وشوفو فقرة ١١٤٤ ص ٨٧٨ هامش ٢ .

(٤) نقض فرنسي ١٦ يولييه سنة ١٨٧٨ دالوز ٧٩ - ١ - ١٢٨ - ١٩ يولييه سنة ١٨٨٢ دالوز ٨٣ - ١ - ٢٨٨ - ٣٠ فبراير سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٤ - ١ - ٢٩٢ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٥١٦ - بودري وشوفو فقرة ١١٤٤ ص ٨٧٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٩ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣١٧ ص ٣٦٢ .

ولما كان طلب تغيير الموضع الأصلي لحق الارتفاق رخصة لمالك العقار المرتفق به ، فإن حقه في هذا الطلب لا يسقط بالتقادم ، أى حتى لو مضى على استعمال حق الارتفاق في موضعه الأصلي خمس عشرة سنة أو أكثر ، لأن الرخص لا تسقط بالتقادم (١) . وتبقى لمالك العقار المرتفق به هذه الرخصة ، حتى لو كان قد نزل عنها من قبل (٢) .

§ ٢ - الدعاوى المنهورة لمالك العقار المرتفق به

٦١٥ - دعوى إنكار حق الارتفاق : وكما أن لمالك العقار المرتفق دعوى عينية هي دعوى الإقرار بحق الارتفاق (action confesse de servitude) يطلب فيها الإقرار بحق ارتفاقه على العقار المرتفق به (٣) ، كذلك لمالك العقار الذى يدعى الغير أن له عليه حق ارتفاق دعوى عينية هي دعوى إنكار حق الارتفاق (action négatoire de servitude) يطلب فيها الحكم بأن عقاره خال من هذا التكليف (٤) .

ويكفى في دعوى إنكار حق الارتفاق أن يثبت المدعى مالك العقار ملكيته للعقار ، وليس عليه أن يثبت أن هذا العقار خال من حق الارتفاق . ذلك بأن المفروض أن الملكية خالية من أى تكليف يثقلها ، ما لم يثبت من يدعى وجود تكليف معين كحق ارتفاق أو حق رهن وجود هذا التكليف . فيجب إذن على من يدعى أن له حق ارتفاق ، ولو أنه هو المدعى عليه في دعوى إنكار حق الارتفاق ، أن يثبت هو وجود هذا الحق بأثبات مسبب من أسباب كسبه (التصرف القانوني أو تخصيص المالك الأصلي أو التقادم) ، ما دام صاحب

(١) أوبرى وردو ٣ فقرة ٢٥٤ ص ١٢٩ وهامش ١٢ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٩ .

(٢) ويعتبر امتناع مالك العقار المرتفق عن الموافقة على تغيير مكان الارتفاق ، حتى لو نزل عن هذه الرخصة من قبل ، وحتى بعد انقضاء مدة التقادم ، تعسفاً من هذا المالك في استعمال حقه ، مادام لا يلحقه من هذا التغيير أى ضرر ، ومادام التغيير يحقق مصلحة لمالك العقار المرتفق به (بودرى وشوفو فقرة ١١٤٥ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣١٧ ص ٣٦٤) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٧ .

(٤) نقض فرنسي ٢٣ يولية سنة ١٨٩٠ دالوز ٩٠ - ١ - ٢٨٩ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٦ ص ٨٧٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٠ .

العقار وهو المدعى قد أثبت ملكيته لهذا العقار (١) . فيقع عبء إثبات حق الارتفاق على من يدعى وجوده ، حتى لو كان قد قضى له بحيازة هذا الحق في دعوى من دعاوى الحيازة فرجع مالك العقار دعوى إنكار حق الارتفاق (٢) . ويجوز أيضا رفع دعوى إنكار حق الارتفاق ، لا فحسب للمطالبة بالحكم بأن العقار خال من حق الارتفاق أصلا ، بل أيضا للمطالبة بانتقاص حق الارتفاق وإرجاعه إلى حدوده الحقيقية مع التسليم بأن الحق ذاته موجود . وهنا أيضا يقع على صاحب حق الارتفاق عبء إثبات الحدود الحقيقية لهذا الحق ، ولا يكلف صاحب العقار المرتفق به إلا بإثبات ملكيته لهذا العقار ، ويلتزم بما سلم به من حدود أقربها لحق الارتفاق (٣) .

٦١٦ - دعاوى الحيازة : والحائز للعقار يستطيع أيضا أن يرفع دعاوى الحيازة متى توافرت شروطها ، فيحمى بها حيازته للعقار ممن يدعى أن له حق ارتفاق عليه . فاذا رفع الحائز للعقار دعوى منع التعرض أو دعوى وقف الأعمال الجديدة أو دعوى استرداد الحيازة ، قضى له بمنع التعرض ممن يدعى أن له حق ارتفاق ، أو بوقف الأعمال الجديدة التي يقوم بها من يدعى أن له حق ارتفاق ، أو ببرد حيازة ما انتزعه مدعى حق الارتفاق من حيازة للموضع الذي يستعمل فيه ما يدعيه من حق الارتفاق (٤) . وفي

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٢٩ وهامش ٤٣ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٦ فقرة ١١٤٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٠ ص ٩٧٣ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٢٩ - ص ٥٤٠ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٧ بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٠ ص ٩٧٣ - مارك ورينو فقرة ١٦٧ .

وهناك رأى آخر يذهب إلى أن المدعى في دعوى إنكار حق الارتفاق هو الذي يحمل عبء إثبات أن حق الارتفاق المدعى به لا يوجد ، ولكن الرأى الأول هو الرأى الراجح (أنظر في هذا المعنى بودرى وشوفو فقرة ١١٤٧) . وأنظر رأيا في الفقه المصرى يميز بين ما إذا كان المدعى عليه يحوز حق الارتفاق فتكون الحيازة قريبة على ثبوت حق الارتفاق له ويقع عبء إثبات نفي ذلك على المدعى ، وبين ما إذا كان المدعى عليه لا يحوز حق الارتفاق فهكى أن يثبت المدعى ملكيته ويكون عبء إثبات وجود حق الارتفاق على المدعى عليه : به المنهم البراوى فقرة ٣١٩ ص ٣٦٦ - ص ٣٦٧ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٤٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٢ فقرة ٩٩٠ ص ٩٧٣ .

(٤) بودرى وشوفو فقرة ١١٤٦ - مارك ورينو فقرة ١٦٧ .

جميع دعاوى الحيازة هذه لا يكلف الحائز إلا باثبات حيازته ويتوافر شروط دعوى الحيازة التي رفعها ، وعلى من يدعى وجود حق ارتفاق على العقار ، يستعمله فعلا فيتعرض لحيازة المدعى أو ينتزع منه الحيازة ، أن يثبت وجود هذا الحق ، وإلا خسر الدعوى وقضى لصالح حائز العقار ، وبذلك يمتنع على مدعى حق الارتفاق أن يكسب هذا الحق بالتقادم (١) .

ولكن يجوز للمدعى حق الارتفاق أن يكتفى باثبات حيازته لهذا الحق في دعوى من دعاوى الحيازة ، فيقضى له بحيازة الحق . وفي هذه الحالة لا يكون أمام مالك العقار إلا أن يرفع دعوى إنكار حق الارتفاق على من قضى له بحيازة هذا الحق ، حتى يقضى له هو بأن عقاره خال من حق الارتفاق . ولا يكلف مالك العقار ، هنا أيضا ، إلا باثبات ملكيته لهذا العقار ، فيفترض أن العقار خال من حق الارتفاق ، إلى أن يثبت مدعى هذا الحق وجود حقه ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٢) .

الفصل الثالث

أسباب انتهاء حق الارتفاق

٦١٧ - يباه هذه الأسباب : سبق أن ذكرنا أنه إذا جزئ العقار المرتفق بقي الارتفاق مستحقا لكل جزء منه . فإذا كان الارتفاق لا يفيد إلا جزءا من هذه الأجزاء فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى (م ١٠٢٤ مدني) . فهذا سبب من أسباب انتهاء حق الارتفاق سبق أن بسطناه (٣) ، فلا نعود إليه . وقد منا كذلك أنه إذا جزئ العقار المرتفق به بقي حق الارتفاق واقعا على كل جزء منه ، فإذا كان الارتفاق لا يستعمل على بعض هذه الأجزاء فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذي يملكه (م ١٠٢٥ مدني) . وهذا سبب آخر من أسباب انتهاء حق الارتفاق ، نكتفي بما سبق أن بسطناه في شأنه (٤) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٠ ص ٩٧٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦١٥ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٣ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٤ .

وقد ذكر التقنين المدني ، إلى جانب هذين السببين ، أسباباً أخرى لانتفاء حق الارتفاق هي : (١) انقضاء الأجل . (٢) هلاك أحد العقارين . (٣) اتحاد الذمة . (٤) عدم الاستعمال (التنازل المسقط) . (٥) استحالة استعمال الحق . (٦) انعدام الفائدة من الحق .

ولم يذكر التقنين المدني سببين آخرين ، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة في شأنهما ، وهما : (١) تحقق الشرط الفاسخ ، ويتصل به أي فسخ للملكية صاحب العقار المرتفق به . (٢) نزول صاحب حق الارتفاق عن حقه (١) .
فهذه أسباب ثمانية نبحثها على التعاقب .

٦١٨ - انقضاء الأجل - نص قانوني : تنص المادة ١٠٢٦ مدني على ما يأتي :

« تنتهي حقوق الارتفاق بانقضاء الأجل المعين ، وبهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكاً تاماً ، وباجتماع العقارين في يد مالك واحد ، إلا أنه إذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالاً يرجع أثره إلى الماضي فإن حق الارتفاق يعود » (٢) .

(١) ولا ينتهي حق الارتفاق ، كما ينتهي حق الانتفاع ، بسوء استعمال ، إذ ورد في جواز انتهاء حق الانتفاع بسوء استعمال نص خاص (م ٢/٩٨٨ مدني - وانظر آنفاً فقرة ٥١٤) ، ولم يرد نص مقابل في شأن حق الارتفاق . فإذا أساء صاحب حق الارتفاق استعمال حقه ، طهت للقواعد العامة وأجبر على الكف عن ذلك مع التعويض إذا كان له عمل (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٣ - بودري وشونو فقرة ١١٧٥) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٧ من المشروع التمهيد على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١١٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٧ - ص ٦٤٨) .

ولامقابل لنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٥١/٩٩٣ :

١ - يسقط الارتفاق بالترقين . ٢ - ويتم الترقين بمفعول العقود أو الأحكام .
(والقانون السوري أدخل نظام السجل العيني ، ومن ثم يسقط حق الارتفاق بشطبه من السجل العيني ، ويكون ذلك بناء على اتفاق أو حكم) .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٨١ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٩٠ (تطابق المادة ٩٩٣ سوري . وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

ويخلص من هذا النص أن حق الارتفاق ينتهى بانقضاء الأجل المعين لانقضائه . وقد قدمنا أن حق الارتفاق يجوز أن يقترن بأجل فاسخ أو بأجل واقف (١) . فيجوز الاتفاق إذن ، أو النص في الوصية التي أنشأت حق الارتفاق ، على أن هذا الحق يدوم مدة معينة وينتهى بانقضائها . وهذا أمر نادر ، ويقع عادة إذا رتب حق الارتفاق لفائدة عقار لا يدوم إلا مدة معينة ، كبناء يقيمه المستأجر في العين المؤجرة (٢) .

أما الأصل في حق الارتفاق فهو أن يكون دائماً كحق الملكية (٣) ، ولكن اللوام من طبيعته ، بخلاف حق الملكية فاللوام من جوهره . ومعنى ذلك أنه ما لم يوقت حق الارتفاق بأجل ، فهو دائماً دون حاجة إلى النص على دوامه (٤) . أما حق الملكية فهو دائماً أبداً ، ولا يجوز النص على توقيته (٥) .

٦١٩ - هلاك أصل العقارين : وتنص المادة ١٠٢٦ مدني ، كما رأينا (٦) ، على أن حق الارتفاق ينتهى « بهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكاً تاماً » .

فاذا هلك العقار المرتفق به هلاكاً تاماً (٧) ، بأن كان بناءً فانهدم أو احترق ولم يجدد ، فإن حق الارتفاق ينتهى بزوال المحل . فاذا جدد البناء ، عاد حق الارتفاق ، ما لم يكن قد انتهى بعدم الاستعمال كما سنرى في حالة

(١) فيجوز أن يرتب مالك العقار على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر ، ويضرب نهاية هذا الحق أجلاً ينتهى عند انقضائه وهذا هو الأجل الفاسخ ، أو يضرب لبدايته أجلاً لاينشأ إلا عند حلوله وهذا هو الأجل الواقف (أنظر آنفاً فقرة ٥٥٠) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ ص ٩٨١ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٨ .

(٤) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٤٧ ص ٩٢ .

(٥) آنفاً فقرة ٥٥٠ .

(٦) آنفاً فقرة ٦١٨ .

(٧) أما إذا كان الهلاك جزئياً ، فإن حق الارتفاق يبقى قائماً فيما يتعلق بالجزء الباقي بالقدر الذي يمكن به استعماله . ويرجع ذلك إلى أن حق الارتفاق لا يتجزأ ، فيتحمل به كل جزء من أجزاء العقار المرتفق به ، فاذا هلك جزء منها بقي على الأجزاء الباقية (أنظر أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٣ هامش ٨) .

«استحالة استعمال حق الارتفاق»^(١) . وكالهلاك نزع ملكية العقار المرتفق به للمنفعة العامة ، فينتهى حق الارتفاق المترتب عليه ، ولكن صاحب حق الارتفاق يتقاضى تعويضا عن حق ارتفاقه .

وكذلك ينتهى حق الارتفاق بهلاك العقار المرتفق هلاكاً تاماً ، على النحو الذى قدمناه فى هلاك العقار المرتفق به^(٢) . ذلك بأن حق الارتفاق يفترض وجود عقارين ، عقارا مرتفقا به وعقارا مرتفقا ، فاذا هلك أحدهما انتهى حق الارتفاق . ونزع ملكية العقار المرتفق للمنفعة العامة يعتبر فى حكم هلاكه ، فينتهى حق الارتفاق ، بعد أن يكون قد دخل عنصرا من عناصر العقار عند تقدير التعويض .

٦٢٠- أبحاث الزمة : وتنص المادة ١٠٢٦ مدنى ، كما رأينا^(٣) ،

على أن حق الارتفاق ينتهى « باجتماع العقارين فى يد مالك واحد ، إلا أنه إذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالا يرجع أثره إلى الماضى فإن حق الارتفاق يعود » . فاجتماع العقارين فى يد مالك واحد يفقد حق الارتفاق قوامه ، فقد قدمنا أنه يجب أن يكون العقار المرتفق به مملوكا لشخص غير الشخص الذى يملك العقار المرتفق ، فلا يقوم حق ارتفاق بين عقارين مملوكين لشخص واحد (*Nemini res sua servit*)^(٤) . فاذا ملك صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به ، أو ملك صاحب العقار المرتفق به العقار المرتفق ، أصبح العقاران مملوكين لشخص واحد ، وانتهى حق الارتفاق باتحاد الذمة . ذلك بأن مالك العقار المرتفق وهو صاحب حق الارتفاق أصبح هو الذى عليه أيضا حق الارتفاق بتملكه للعقار المرتفق به فاتحدت الذمة ، وكذلك مالك العقار المرتفق به وهو الذى عليه حق الارتفاق أصبح هو أيضا صاحب حق الارتفاق بتملكه

(١) أنظر مايل فقرة ٦٢٢ .

(٢) ويعود حق الارتفاق إذا أعيد بناء للعقار المرتفق (استئناف مخطط ٩ ديسمبر

سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٢) .

(٣) آنفاً فقرة ٦١٨ .

(٤) آنفاً فقرة ٥٤٩ - وانظر نقض فرنى ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ دالوز ١٩١٧ -

للعقار المرتفق فاتحدت الذمة كذلك . وتتحد الذمة أيضا إذا ملك أجنبي كلا من العقار المرتفق والعقار المرتفق به في وقت واحد ، إذ يصبح باعتباره مالك العقار المرتفق هو صاحب حق الارتفاق ، وباعتباره مالك العقار المرتفق به هو الذي عليه حق الارتفاق ، فتتحد الذمة بذلك (١) .

واجتماع العقارين في يد مالك واحد على الوجه الذي قدمناه يتم بأي سبب من أسباب كسب الملكية ، كالميراث (٢) . والوصية والعقد والشفعة والتقادم . ويصح أيضا أن يتم عن طريق تخلي (abandon) صاحب العقار المرتفق به عن عقاره للتخلص من التزام عيني ، كالاتزام بدفع نفقات الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه إذا وجد شرط يقضي بتحميله هذا الالتزام (٣) . فعند ذلك تنتقل ملكية العقار المرتفق به إلى صاحب العقار المرتفق بمجرد هذا التخلي ، وتتحد الذمة في هذا الأخير ، فينتهي حق الارتفاق . وتقول العبارة الأخيرة من المادة ١٠٢٦ مدني ، كما رأينا (٤) ، ما يأتي : « إلا أنه إذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالا يرجع أثره إلى الماضي فان حق الارتفاق يعود » . ويخلص من ذلك أنه يجب التمييز بين فرضين : (الفرض الأول) زوال حالة الاجتماع بأثر رجعي . كما إذا اشترى صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به ، فاتحدت الذمة وانتهى حق الارتفاق . ثم فسخ البيع أو انفسخ بأثر رجعي . فهنا يعتبر البيع كأن لم يكن . وكذلك يعتبر اتحاد الذمة المترتب على البيع كأن لم يكن تبعا للبيع ، فيعود حق الارتفاق إلى ما كان عليه (٥) . (الفرض الثاني) . زوال حالة الاجتماع دون أثر رجعي ، كما إذا اشترى صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به ، فاتحدت الذمة وانتهى حق الارتفاق ، ثم باع صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به الذي سبق أن اشتراه . فهنا يبقى أثر البيع الأول لأنه لم يزل بأثر رجعي ، ويبقى ما ترتب عليه من

(١) بودري وشوفو فقرة ١١٥٣ .

(٢) أنظر في اتحاد الذمة بالميراث بودري وشوفو فقرة ١١٥٤ ص ٨٨٨ - ص ٨٨٩ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٦ .

(٤) آنفاً فقرة ٦١٨ .

(٥) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٨ .

وانظر اوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٧ .

اتحاد الذمة وانتهاء حق الارتفاق ، فلا يعود حق الارتفاق بعد أن انتهى (١) .

٦٢١ - عزم الاستعمال أو التفرم المسقط - نص قانوني : تنص المادة ١٠٢٧ مدني على ما يأتي :

« ١ - « تنهى حقوق الارتفاق بعدم استعمالها مدة خمس عشرة سنة ، فإن كان الارتفاق مقررًا لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثًا وثلاثين سنة . وكما يسقط التقادم حق الارتفاق ، يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التي يستعمل بها » .

« ٢ - « وإذا ملك العقار عدة شركاء على الشيوع ، فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقيين . كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفًا لمصلحة سائرهم » (٢) .

ويخلص من هذا النص أن حق الارتفاق ينتهي بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة ، أو مدة ثلاث وثلاثين سنة إن كان الارتفاق مقررًا لمصلحة عين موقوفة . وعدم الاستعمال (non-usage) هذا معناه التقادم المسقط . وسمى بعدم الاستعمال لأنه يسقط الحقوق العينية كحق الارتفاق وحق الانتفاع ،

(١) ولكن قد ينشأ مع ذلك حق ارتفاق جديد بتخصيص المالك الأصلي ، إذا أبقى مالك العقار المرتفق بعد شراء العقار المرتفق به الوضع المادي الذي كان عليه العقاران بشرط أن تكون هناك علامة ظاهرة تم عن هذا الوضع ، فتتوافر بذلك شروط نشوء حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي إذا أعيد الفصل ما بين العقارين ، بأن باع صاحب العقار المرتفق المرتفق به بعد شرائه (أنفاً فقرة ٥٨٧ - وانظر أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٤ - بودري وشوفو فقرة ١١٥٤ ص ٨٨٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٧ ص ٩٨١) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١١١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٩ - ص ٦٥١) .

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لامقابل .

التقنين المدني الليبي م ١٠٣٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٨٢ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لامقابل .

فإذا كان يسقط الحقوق الشخصية فانه يسمى بالتقادم المسقط (prescription extinctive) . وعلى ذلك إذا بقي صاحب حق الارتفاق لا يستعمل حقه طول هذه المدة ، فان الحق يسقط بعدم الاستعمال . ويستوى أن يكون عدم الاستعمال اختياريا أو إجباريا ، فإذا منع من استعمال الحق قوة قاهرة كما إذا نصب معين العين التي تغترف منها المياه ، أو حال صاحب العقار المرتفق به أو الغير دون استعمال الحق ، فان مدة التقادم تستمر مع ذلك في السريان . ويستطيع صاحب حق الارتفاق أن يقطع المدة في هذه الحالة ، بأن يحصل من صاحب العقار المرتفق به على إقرار بحقه وديا أو قضائيا^(١) . وكل حق ارتفاق ، مستمرا كان أو غير مستمر ، ظاهرا أو غير ظاهر ، إيجابيا أو سلبيا ، يسقط بعدم الاستعمال^(٢) . والمدة المقررة لسقوط حق الارتفاق بعدم الاستعمال هي ، كما قدمنا ، خمس عشرة سنة^(٣) ، فان كان حق الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفة وقفًا خيريا فالمدة ثلاث وثلاثون سنة وذلك رعاية لجانب الوقف^(٤) .

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٦ .
(٢) أما حق الملكية فلا يسقط بعدم الاستعمال ، ولذلك يدق في بعض الأحوال معرفة ما إذا كنا أمام حق ارتفاق فيسقط بعدم الاستعمال أو أمام حق ملكية مفرزة أو شائعة فلا يسقط بعدم الاستعمال (بودرى وشوفو فقرة ١١٥٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٥) .

(٣) أنظر نقض مدني ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٥ رقم ٢ .

(٤) أما إذا كان حق الارتفاق مترتباً على أرض موقوفة في الحالات التي يجوز فيها ذلك . فانه يزول بعدم الاستعمال خمس عشرة سنة إذا كان العقار المرتفق عيناً غير موقوفة (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٠) - وقد يكسب شخص بالتقادم القصير ، أى بخمس سنوات ، ملكية عقار قد ترتب عليه حق ارتفاق . فكسبه للملكية العقار لا يترتب عليه سقوط حق الارتفاق بالتقادم ، لأن حق الارتفاق لا يسقط بالتقادم إلا إذا لم يستعمل مدة خمس عشرة سنة ، وهنا لم يستعمل حق الارتفاق إلا خمس سنوات فقط وهي مدة التقادم القصير التي كسبت به ملكية العقار . وعلى ذلك يكسب الحائز ملكية العقار بالتقادم القصير . ولكن العقار يبقى محملاً بحق الارتفاق إلى أن ينتهى هذا الحق بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة (أنظر آنفاً فقرة ٤١٥ في الهامش - وانظر أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٨ وهامش ٢٣ - بودرى وشوفو فقرة ١١٦٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٤) .

ويبدأ سريان مدة التقادم ، في الارتفاق غير المستمر ، منذ آخر عمل انقطع بعده صاحب حق الارتفاق عن استعمال حقه (١) . أما في الارتفاق المستمر ، ويدخل في ذلك الارتفاق السليبي ، فيبدأ السريان من يوم الاتيان بعمل إيجابى يتعارض مع حق الارتفاق (٢) . فإذا كان الارتفاق مطلا ، بدأ سريان المدة من الوقت الذى يبنى فيه صاحب العقار المرتفق به حائطا يسد النافذة ، أو كان ارتفاقا بعدم البناء من الوقت الذى يبدأ فيه صاحب العقار المرتفق به باقامة بناء في عقاره (٣) . وليس يلزم أن الذى يقوم بالعمل الإيجابى المتعارض مع حق الارتفاق هو صاحب العقار المرتفق به نفسه ، فقد يقوم به الغير ، وقد يقع بقوة قاهرة (٤) .

وينقطع التقادم ، ويوقف سريانه . بنفس الأسباب المقررة في انقطاع التقادم المسقط ووقف سريانه (٥) . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٧ مدنى سالفه الذكر على أنه « إذا ملك العقار المرتفق عدة شركاء على الشيوع ، فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقيين . كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة سائرهم » . فإذا كان العقار

(١) نقض فرنسى ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٤ سريه ١٩٣٥ - ١ - ٦٢ - ٢٦ يناير سنة ١٩٤٤ سريه ١٩٤٥ - ١ - ٢٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٦ - ويقع على عاتق صاحب العقار المرتفق عبء إثبات آخر عمل انقطع بعده عن استعمال حقه . حتى إذا كانت مدة التقادم لم تتم منذ هذا العمل لم يسقط حق الارتفاق بعدم الاستعمال (نقض فرنسى ٢٦ يناير سنة ١٩٤٤ سريه ١٩٤٥ - ١ - ٢٠ - أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٧ وهامش ٢١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٧ - وانظر بودرى وشوفو فقرة ١١٦٣) .

(٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٩ - بودرى وشوفو فقرة ١١٥٨ وما بعدها بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٨٣ .

(٣) ويقع على عاتق صاحب العقار المرتفق به عبء إثبات القيام بعمل إيجابى يتعارض مع حق الارتفاق فتسرى من وقت هذا العمل مدة التقادم (بودرى وشوفو فقرة ١١٦٣ ص ٨٩٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٧) .

(٤) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٩ - بودرى وشوفو فقرة ١١٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٧ .

(٥) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٦ - ١٤٧ - بودرى وشوفو فقرة ١١٥١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٦ .

المرتفق شائعا بين شركاء متعددين ، فان بقاء أحد هؤلاء الشركاء دون الباقيين منتفعا بحق الارتفاق لا يجعل المدة تسرى في حقه بداهة ، ويقطع في الوقت ذاته سريان المدة بالنسبة إلى الباقيين ، كذلك قطع أحد شركاء التقادم يفيد الباقيين فيقطعه بالنسبة إليهم أيضا ، كما يقع ذلك فيما بين المدنين المتضامنين (١) . وإذا كان بين الشركاء قاصر ليس له نائب ، فان التقادم يوقف بالنسبة إليه ، وكذلك يوقف بالنسبة إلى الآخرين ، كما يقع ذلك أيضا فيما بين المدنين المتضامنين (٢) . وينتفع سائر الشركاء بانقطاع التقادم أو وقفه بالنسبة إلى أحدهم طول المدة التي يبق فيها الشيوع قائما . فاذا حصلت القسمة بين الشركاء ، فان كان العقار قد وقع في نصيب نفس الشريك الذي انقطع التقادم أو وقف بالنسبة إليه ، بقی بداهة منتفعا بانقطاع التقادم أو وقفه . أما إذا وقع العقار في نصيب شريك غيره . فالأثر الرجعي للقسمة كان يقتضي القول بأن الشريك الذي انقطع التقادم أو وقف بالنسبة إليه أصبح أجنبيا عن العقار ، فيعتبر انقطاع التقادم أو وقفه كأن لم يكن . ومن ثم لا يعتبر التقادم قد انقطع أو وقف بالنسبة إلى الشريك الذي وقع في نصيبه العقار . وعلى هذا الوجه قضت محكمة النقض الفرنسية (٣) . ولكن الفقه الفرنسي يذهب ، على العكس من ذلك ، إلى أن انقطاع التقادم أو وقفه يصبح نهائيا بالنسبة إلى سائر الشركاء أيا كانت نتيجة القسمة ، ولا يعتد بالأثر الرجعي . وهذا هو الرأي الذي يتمشى مع اطلاق النص . سواء في التقنين المدني الفرنسي (م ٧٠٩-٧١٠) ، أو في التقنين المدني المصري (م ١٠٢٧/٢) (٤) .

فاذا اكتملت مدة التقادم ، سقط حق الارتفاق بعدم الاستعمال . ولا يمنع من سقوطه أن يعود صاحب العقار المرتفق إلى استعمال حق الارتفاق بعد اكتمال

(١) نقض فرنسي ١٢ يولييه سنة ١٨٦٩ دالوز ٦٩ - ١ - ٤٦٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٩ ص ٩٨٣ .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦

ص ٦٥٠ .

(٣) نقض فرنسي ٣ ديسمبر سنة ١٨٤٥ دالوز ٤٦ - ١ - ٢١ - ٢٩ أغسطس سنة

١٨٥٣ سيريه ٥٣ - ١ - ٧٠٧ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٩ ص ٩٨٣ - ص ٩٨٤ .

مدة التقادم ، إلا إذا لم يعترض صاحب العقار المرتفق به على ذلك وفسر عدم اعتراضه على أنه نزول منه عن حقه في التمسك بالتقادم (١) .

وقد رأينا أن آخر الفقرة الأولى من المادة ١٠٢٧ مدني سالفه الذكر يقول : « و كما يسقط التقادم حق الارتفاق ، يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التي يستعمل بها » . فقد يعمد صاحب حق الارتفاق إلى استعمال حقه استعمالا جزئيا . ويبقى كذلك خمس عشرة سنة ، أو ثلاثا وثلاثين سنة بالنسبة إلى الوقف ، فلا يسقط حق الارتفاق سقوطا كليا بعدم الاستعمال ، وإنما ينتقص إلى القدر الذي استعمل . ولكن إذا كان حق الارتفاق غير مستمر ، وجب التمييز بين فرضين : (١) أن يكون صاحب حق الارتفاق قد استعمله استعمالا جزئيا وفقا لحاجاته دون أن يعوقه عن الاستعمال الكلي عائق ، كما إذا كان الارتفاق حق مرور مشيا على الأقدام أو ركوبا فظل صاحبه يمر مشيا مدة خمس عشرة سنة دون أن تقتضيه الحاجة أن يمر ركوبا . ففي هذا الفرض يعتبر هذا الاستعمال الجزئي بمثابة الاستعمال الكلي إذا لم يقم عائق دون الاستعمال الكلي ولكن صاحب حق الارتفاق لم يحتاج إلى هذا الاستعمال ، فيبقى حق الارتفاق كما هو دون أن ينتقص . (٢) أن يكون قد قام عائق مادي دون الاستعمال الكلي . كأن يكون الطريق قد جعل غير صالح للمرور ركوبا فاضطر صاحب حق المرور أن يمر مشيا على الأقدام مدة خمس عشرة سنة . وفي هذا الفرض ينتقص حق الارتفاق بعدم الاستعمال الجزئي . ويصبح مقصورا على المرور مشيا على الأقدام دون المرور ركوبا (٢) . و كما ينتقص حق الارتفاق بعدم الاستعمال الجزئي عن طريق التقادم المسقط ، يجوز كذلك أن يتسع بالإفراط في الاستعمال عن طريق التقادم المكسب . فإذا كان صاحب حق المرور مشيا على الأقدام قد استعمل الطريق للمرور ركوبا مدة خمس عشرة سنة . فإن حق ارتفاقه يكون قد اتسع على هذا الوجه ، فيصبح حق ارتفاق بالمرور مشيا على الأقدام وركوبا

(١) نقض فرنسي ٧ يولييه سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ - ١ - ٢٨٥ - ٢٣ يولييه سنة ١٨٦٠

سيريه ٦١ - ١ - ٥٢٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٧ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٥ ص ٩٩٧ .

في وقت واحد (١) . وإذا كان قد تعود المرور من طريق آخر غير الطريق الذي خصص له في الأصل ، وظل يمر من هذا الطريق الآخر مدة خمس عشرة سنة . فان كيفية استعمال حق الارتفاق يكون قد تعدل بالتقادم على هذا الوجه ، وأصبح الطريق الآخر هو الذي يستعمل فيه حق المرور دون الطريق الأصلي (٢) .

٦٢٢- استئجار استعمال من الارتفاق - نص قانوني : تنص المادة

١٠٢٨ مدني على ما يأتي :

« ١ - ينتهي حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق » .

« ٢ - ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق ، ألا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال » (٣) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد تعديل حال الأمكة أو طبيعة الأعمال المعدة لفهم استعمال الارتفاق لا يترتب عليه قانوناً زوال حق الارتفاق ، إذا كان ذلك لم يتناول إلا طريقة الاستعمال فقط ولم يتعدّها إلى الحق نفسه (نقض مدني ٢٤ أبريل سنة ١٩٤١ مجموعة المكاتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٥ رقم ٣) . وانظر في ذلك أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٦ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١١٢ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٥١ - ص ٩٥٢) .

ولامقابل للنص في التقنين المدنى السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٣/٩٩٣ : ويحق للقاضى أن يأمر بالترقين إذا كان الارتفاق غير مجد ، أو غير ممكن الإنفاذ .

(والحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٣١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٨٣ (موافق) .

قانون الملكية المدنية : المبنى م ٩٠ (مطابق نص المادة ٣/٩٩٣ سورى ، وهذا النص

الأخير مأخوذ منه) .

ويخلص من هذا النص أن حق الارتفاق ينتهى إذا أصبح استعماله مستحيلا. وتنجم الاستحالة من تغير في وضع الأشياء ، سواء كان التغير حادثا في العقار المرتفق به أو في العقار المرتفق (١) . فإذا كان الارتفاق ارتفاقا بالمطل مثلا ، وهدم المنزل المرتفق فانهدمت بهدمه النافذة التي كانت تطل على العقار المرتفق به ، فإن حق الارتفاق ينتهى لاستحالة استعماله بسبب تغير حدث في العقار المرتفق (٢) . وإذا كان الارتفاق ارتفاقا بالمرور ، ثم انحبس العقار المرتفق به فأصبح لا يمكن الوصول منه إلى الطريق العام ، فإن حق الارتفاق ينتهى كذلك لاستحالة استعماله بسبب تغير حدث في العقار المرتفق به (٣) . والتعبير « بانتهاء حق الارتفاق » « وبعودنه إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق » ، ليس بالتعبير الدقيق . والصحيح أن حق الارتفاق لا ينتهى باستحالة استعماله ، بل يوقف استعماله إلى أن تزول هذه الاستحالة . فإذا ما زالت عاد استعماله إلى ما كان عليه . ولكن حق الارتفاق نفسه يستمر باقيا ، فهو لم يزل حتى يقال إنه يعود (٤) . وفي التقنين المدني الفرنسي تطبيق واضح لذلك . فقد نصت المادة ٦٦٥ من هذا التقنين على أنه « إذا أعيد بناء حائط مشترك أو منزل . فإن الارتفاقات التي كانت للحائط المشترك أو للمنزل ، أو كانت عليه ، تستمر بالنسبة إلى الحائط أو المنزل الجديد ، على ألا تكون أكثر مشقة ، وعلى أن تتم إعادة البناء قبل أن تكتمل مدة التقادم » . ويجب أن تكون استحالة استعمال حق الارتفاق استحالة تامة ، ولا يكفي

(١) نقض فرنسي أول أبريل سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ١ - ٢٧٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الثابت من الأوراق أن منزل الطاعن ، الذي كان مقرراً لصالحه حق ارتفاق بالمطل ، قد هدم وأعيد بناؤه بوضع أصبح معه لا يحتوى على مطلات أو مناور ، وأصبح في حالة لا يمكن معها استعمال حق المطل ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أساس زوال ذلك الحق ، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٣٢ ص ٧٨٦) .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٢ .

(٤) أنظر استئناف مختلط ٧ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٩١ - نقض فرنسي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٣٣٦ - بودري وشوفو فقرة ١١٥٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩١ ص ٩٧٤ .

أن يصبح الارتفاق أكثر مشقة (١) . ويستوى أن ترجع الاستحالة إلى قوة قاهرة ، أو إلى فعل صاحب العقار المرتفق به ، أو إلى فعل صاحب العقار المرتفق ، أو إلى فعل أجنبي (٢) . ويعود حق الارتفاق إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق ، كما سبق القول . وليس من الضروري أن تعود الأشياء إلى وضعها الأصلي تماما ، بل يكفي أن ترجع إلى وضع تمكن معه العودة إلى استعمال حق الارتفاق دون أن يكون هذا الاستعمال أكثر مشقة (٣) .

وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٨ مدني سالفه الذكر : « ويعود (حق الارتفاق) ... إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال » . فإذا بقي استعمال حق الارتفاق مستحيلا مدة خمس عشرة سنة ، أو مدة ثلاث وثلاثين بالنسبة إلى الوقف ، فإنه لا يعود ، حتى لو عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعماله . ذلك بأن حق الارتفاق في هذه الحالة يكون قد انتهى ، ولكن ليس بسبب استحالة استعماله ، ولكن بسبب عدم الاستعمال (٤) . وهناك رأى يذهب إلى أن استحالة الاستعمال تكون سببا لوقف التقادم . ومن ثم يجب ألا يستعمل حق الارتفاق خمس عشرة سنة . أو ثلاثا وثلاثين سنة ، دون أن تحسب المدة التي استحال فيها استعماله . حتى يسقط الحق بعدم الاستعمال . وهذا هو الرأى الذى أخذت به المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حين قالت : « فان عاد العقار المرتفق به إلى حالته الأولى ... عاد حق الارتفاق » ، إلا أن يكون قد مضى على عدم استعماله المدة التى يسقط بها . ولا يحسب في هذه المدة الوقت الذى تعذر فيه استعمال (الحق) (٥) . ولكن الرأى الراجح هو عكس ذلك :

-
- (١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٠ - بودرى وشوفو فقرة ١١٥٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩١ ص ٩٧٣ .
- (٢) ديمولومب ١٢ فقرة ٩٦٥ - فقرة ٩٦٦ - بودرى وشوفو فقرة ١١٥٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩١ ص ٩٧٤ .
- (٣) نقض فرنسي ١١ مارس سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٤ - ١ - ٣٤٠ - أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤١ - بودرى وشوفو فقرة ١١٥١ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩١ ص ٩٧٤ - ص ٩٧٥ .
- (٤) إسماعيل غانم ص ٤٢ - وقد ينجم استحالة استعمال حق الارتفاق من هلاك الشيء ، وعند ذلك ينتهى حق الارتفاق بالهلاك (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٢) .
- (٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٢ - وانظر في هذا المعنى Toullier ٣ فقرة ٦٩٠ ماركاديه المادة ٧٠٣ والمادة ٧٠٤ Toullier - ٢ ص ٤٦٢ - Solon ص ٥٠٥ .

فتحسب المدة التي استحال فيها استعمال حق الارتفاق في سقوط هذا الحق بعدم الاستعمال (١) .

٦٢٣ - انعدام الفائدة من حق الارتفاق - نص قانوني : تنص المادة ١٠٢٩ مدني على ما يأتي :

« لملك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه ، إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » (٢) .

ويخلص من هذا النص أن حق الارتفاق يجوز التحرر منه إذا فقد كل منفعة للعقار المرتفق ، أو أصبحت فائدته محدودة لا تتناسب البتة مع العبء الذي يلقيه على العقار المرتفق به . مثل ذلك أن يكون الارتفاق حق شرب ، واستطاع مالك العقار المرتفق أن يحفر بئراً إرتوازية في أرضه تغنيه ، هي وموارد المياه الأخرى التي عنده دون نظر لحق الشرب ، عن هذا الحق الأخير . أو في القليل تجعل حق الشرب فائدته محدودة لا تتناسب البتة مع العبء الذي يتحمله العقار المرتفق به من جراء حق الشرب . ففي هذه الحالة يجوز لملك العقار المرتفق به أن يطلب التخلص من حق الارتفاق ، ولو دون موافقة صاحب العقار المرتفق . فقد وازن القانون بين مصلحتين ، مصلحة صاحب

(١) ديمولوب ١٢ فقرة ٩٧٩ - ديرانتون ٥ فقرة ٦٥٥ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٢ هامش ٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١١٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١١٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٣ - ص ٦٥٤) .

ولامقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣/٩٩٣ : ويحق للقاضي أن يأمر بالترقيين إذا كان لارتفاق غير مجد ، أو كان غير ممكن الإنفاذ .

(والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ١٠٣٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٨٤ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٩٠ (مطابق لنص م ٣/٩٩٣ من التقنين السوري ، وهذا النص الأخير مأخوذ منه) .

العقار المرتفق في بقاء الارتفاق وقد انعدمت أو أصبحت منفعة محدودة ، ومصصلحة صاحب العقار المرتفق به في زوال الارتفاق وقد أصبحت هي المصلحة الراجعة إذ تفوق كثيراً مصلحة صاحب العقار المرتفق في بقاء الارتفاق . ولما كانت حقوق الارتفاق تلي أعباء ثقيلة على العقارات المرتفق بها ، فقد أثر القانون تحرير العقار المرتفق به من حق الارتفاق في الحالة التي نحن بصددتها ولو اقتضى الأمر أن يدفع مالك العقار المرتفق به تعويضاً مناسباً لمالك العقار المرتفق في مقابل زوال حقه دون رضائه . فهذا ضرب من استرداد (rachat) حق الارتفاق ، يتم دون رضاء صاحب الحق ، لقيام مصلحة تبرر ذلك . أما إذا انعدمت كل فائدة لحق الارتفاق . فإن مالك العقار المرتفق به يستطيع أن يتحرر منه دون دفع أي تعويض ، إذا لم يصب مالك العقار المرتفق ضرر من زوال حق الارتفاق حتى يطلب التعويض عنه .

وقاضي الموضوع هو الذي يقدر . عند اختلاف الطرفين ، ما إذا كان حق الارتفاق قد فقد كل منفعة أو أصبحت منفعته محدودة ، فيقضي بتحرير العقار المرتفق به من هذا الحق ، ويقدر أيضاً التعويض المستحق لمالك العقار المرتفق إن كان للتعويض محل (١) .

٦٢٤- تحقق الشرط الفاسخ وفسخ ملكية صاحب العقار المرتفق به :
وقد يكون حق الارتفاق معلقاً على شرط فاسخ ، فإن حق الارتفاق يجوز تعليقه على الشرط كما يجوز اقترانه بالأجل . وهنا يجب تطبيق القواعد العامة ، فإذا تحقق الشرط الفاسخ ، زال حق الارتفاق . ولكن لا يكون لزواله أثر رجعي ، فإن طبائع الأشياء تأبى أن تمحى المدة التي بقي فيها حق الارتفاق قائماً قبل تحقق الشرط الفاسخ واعتبار هذه المدة كأن لم تكن (٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا النص : «ينتهي حق الارتفاق أخيراً إذا لم تصبح له فائدة ، أو أصبحت فائدته محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به ، كما إذا كان الارتفاق حق مرور وانفتحت للعقار المرتفق سبل أخرى إلى الطريق العام أقرب وأيسر . فيجوز لصاحب العقار المرتفق به ، في هذه الحالة ، أن يطلب تحرير عقاره من حق الارتفاق ، على أن يدفع تعويضاً مناسباً إذا كان هناك محل لذلك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٣) .

(٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٢ - بودرى وشوفو فقرة ١١٧٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ .

وإذا فسخت ملكية من أنشأ حق الارتفاق للعقار المرتفق به بسبب من أسباب الفسخ ، فهنا أيضا يجب تطبيق القواعد العامة . وهذه تقضى بأن من أنشأ حق الارتفاق يعتبر غير مالك للعقار المرتفق به بأثر رجعى ، ويتبين أنه كان لا يملك ترتيب حق ارتفاق على عقار لم يكن يوما ما ملكا له . ومن ثم يزول حق الارتفاق ، بزوال ملكية العقار المرتفق به (١) .

ولكن فسخ ملكية صاحب حق الارتفاق للعقار المرتفق لا يزيل حق الارتفاق (٢) ، لأن اشتراط المالك حق ارتفاق لفائدة عقاره يعتبر من أعمال الإدارة الحسنة التي لا تزول بفسخ ملكية هذا المالك ، ومن ثم يبقى حق الارتفاق هذا تابعا للعقار ، في أى يد ينتقل إليها هذا العقار بعد الفسخ .

٦٢٥ - نزول صاحب حق الارتفاق عن حقه : وقد ينزل صاحب حق الارتفاق عن حقه بإرادته المنفردة ، فينتهى هذا الحق بالنزول عنه . والنزول قد يكون صريحا ، وقد يكون ضمينا . فاذا كان ضمينا ، وجب استخلاصه من وقائع ثابتة يفهم منها حتما معنى النزول . فيعتبر نزولا ضمينا أن يشهد صاحب حق الارتفاق على عقد بيع واقع على العقار المرتفق به ، وقد ورد في شروط البيع أن العقار المبيع خال من أى حق ارتفاق ، وذلك دون أن يتحفظ صاحب حق الارتفاق . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى استخلصت محكمة الموضوع التنازل الضمنى استخلاصا سائغا من مقدمات تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها ، فلا معقب عليها في ذلك لتعلقه بتقدير موضوعي من سلطتها المطلقة (٣) . وقضت أيضا بأن التنازل الضمنى يمكن استخلاصه في حقوق الارتفاق التبادلية ، التي يكون سبب التزام مالك العقار باحترام حق الارتفاق المترتب على عقاره لمصلحة عقار آخر هو التزام مالك هذا العقار الآخر باحترام الارتفاق المقابل المقرر لمصلحة مالك العقار الأول . فاذا خرج أيهما عن الالتزام

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٢ - بودرى وشوفو فقرة ١١٧٣ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ ص ٩٨٢ .

(٢) بيزانسوق ٢٥ يولييه سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ٢ - ٧٧ - بلانيول وريير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ ص ٩٨٢ هامش ٢ .

(٣) نقض مدني ٢٨ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٩ ص ٧٥٨ .

المفروض عليه وخالف شروط عقده أو قيوده ، فانه يكون قد أسقط حقه في إلزام جاره مالك العقار الآخر بتنفيذ التزامه الذي يغدو بلا سبب . ذلك بأن التنازل عن حقوق الارتفاق . كما يكون صريحاً ، يجوز أن يكون ضمناً ، إذ لم يشترط القانون لتحقيقه صورة معينة (١) . ولكن لا يعتبر نزولاً ضمناً أن يترك صاحب حق الارتفاق أعمالاً تتم متعارضة مع حق ارتفاقه ، دون أن يعترض (٢) .

ولما كان النزول عن حق الارتفاق إرادة منفردة صادرة من صاحب هذا الحق كما قدمنا . فهو ليس في حاجة إلى قبول مالك العقار المرتفق به (٣) ، وينتج أثره بصدوره من صاحب العقار المرتفق وإعلانه لصاحب العقار المرتفق به (٤) . ولكنه لا يسرى في حق الغير ، كمشتري للعقار المرتفق ، إلا إذا سجل قبل تسجيل هذا الشراء . وفقاً للقواعد المقررة في التسجيل (٥) .

-
- (١) نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٨٧ ص ٥٣٨ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً الجزء الأول ص ١٦٩ رقم ٢٠ .
- (٢) نقض فرنسي ٦ نوفمبر سنة ١٨٨٩ داللو ٨٩ - ١ - ٤٧٣ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ ص ٩٨٢ هامش ٣ .
- (٣) استئناف مختلف ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٤ .
- (٤) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٢ - بودري وشوفو فقرة ١١٧٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ ص ٩٨٢ .
- (٥) أنظر نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٩ رقم ٢١ - وقد قضت محكمة النقض بأن التنازل يعتبر ملزماً للمتنازل بما يمنعه من توجيه طلبات إلى المتنازل له تنطوي على إنكار لهذا التنازل . ولا يمنع من ذلك أن يكون التنازل مما يجب تسجيله ، إذ لا يترتب على عدم التسجيل سوى تراخي زوال الحق العيني المتنازل عنه . فإذا كان الطرفان قد أقاما دعواهما بطلب تعويض عن مخالفة المطعون عليه لقيود البناء ، وذلك بعد أن كانا قد تنازلا عن هذه القيود ضمناً ، مما يعتبر معه هذا الطلب إنكاراً منهما للتنازل الصادر من جانبها ، فإن الحكم المطعون فيه إذا اعتد بهذا التنازل ورتب عليه آثاره لا يكون مخالفاً للقانون (نقض مدني ٢٨ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٩ ص ٧٥٨) .

فهرس

القسم الاول

اسباب كسب الملكية

تمهيد

صفحة	
٥	التقسيم العلمى لأسباب كسب الملكية
٧	التقسيم العلمى لأسباب كسب الملكية
١١	خطة البحث
	الباب الأول - كسب الملكية ابتداء عن طريق الاستيلاء
	الباب الثانى - كسب الملكية بسبب الوفا (الميراث والوصية)
	الباب الثالث - كسب الملكية فيما بين الأحياء (الاتصاق والعقد
	والشفعة والخيابة)

الباب الأول

كسب الملكية ابتداء عن طريق الاستيلاء

١٢	التميز بين المنقول والعقار
١٣	المبحث الأول - الاستيلاء على المنقول
١٣	المنقول الذى لا مالك له
١٥	كيف يتم الاستيلاء على المنقول الذى لا مالك له
١٧	§ ١ - المنقول الذى ليس له مالك منذ البداية
١٧	اشياء المشترك
١٨	صيد البر والبحر
٢٢	الحيوانات غير الأليفة
٢٥	§ ٢ - المنقول الذى كان له مالك
٢٥	الاشياء المتروكة
٢٦	الكتر

صفحة

٣٥	اللقطة (الأشياء الضائعة)
٤٠	الأشياء الأثرية
٤٤	التركة التي لا وارث لها ..
٤٧	المبحث الثاني — الاستيلاء على العقار
٥٠	تحديد الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها فتكون ملكاً للدولة
٥٢	عدم جواز الاستيلاء على العقار بعد صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤
٥٧	كيف تمتك الأراضي الصحراوية طبقاً لأحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ثم طبقاً لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤
٦٠	تملك الأراضي الصحراوية طبقاً لأحكام الفقرة الثالثة المخنوفة من المادة ٨٧٤ مدني
٦٨	حقوق الغير في الأراضي الصحراوية السابقة على القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤

الباب الثاني

كسب الملكية بسبب الوفاة

الفصل الأول

الميراث

٧٨	المبحث الأول — تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث
٧٨	الشريعة الإسلامية تطبق على جميع المصريين وفي جميع مسائل الميراث
٨٠	١٩ — تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم
٨٠	قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣
٨١	الأحكام العامة في الميراث : سبب استحقاق الإرث — ما يستحق من التركة قبل ارث الورثة — الموانع من الإرث
٨٢	الإرث بالفرض (أصحاب الفروض) : الأب والجد الصحيح — أولاد الأم — الزوج والزوجة — البنات وبنات الابن — الأخوات الشقيقات والأخوات لأب — الأم والجدة الصحيحة
٨٣	العول والرد ..
٨٤	المعصية بالنفس : البنوة فالأبوة فالأخوة فالعمومة ..

صفحة

انعصبة بالغير :	البنات مع الأبناء - بنات الابن مع أبناء	
	الابن - الأخوات الشقيقات مع الإخوة	
٨٤	الأشقاء والأخوات لأب مع الإخوة لأب	
	النعصبة مع الغير :	الأخوات الشقيقات أو لأب مع البنات
٨٥	أو بنات الابن	...
٨٥	إرث ذوى الأرحام :	...
٨٥	الصنف الأول :	أولاد البنات وأولاد بنات الابن .
٨٥	الصنف الثانى :	الجد غير الصحيح والجدة غير الصحيحة
	الصنف الثالث :	أبناء الإخوة لأم وأولادهم - وأولاد
		الأخوات - وبنات الإخوة وأولادهم -
		وبنات أبناء الإخوة الأشقاء أو لأب -
٨٥	وأولادهم
٨٦	الصنف الرابع :	ست طوائف
٨٧	٢٨ - انتقال التركة من المورث إلى الوارث	...
٨٩	انتقل حقوق التركة إلى الورثة :	...
	أعيان التركة -	أحقوق العينية الأصلية إلا ما ينقضى بالموت -
٩٠	أحقوق العينية التبعية
٩١	أحقوق غير المالية	...
٩١	أحقوق المالية المتصلة بشخص المورث -	حق الإجل في الدين
	الحقوق المالية التى تتصل بمشئنة المورث لا بما له -	الخيارات
٩٣	وحق الأخذ بالشفعة
٩٥	مى تنتقل حقوق التركة إلى الورثة :	...
٩٥	عند المالكية	...
٩٥	عند الحنفية	...
	عند الشافعية فى المذهب الجديد والحنابلة فى أشهر الروايتين	
٩٦	وفى القانون المصرى
	هل تنتقل ديون التركة إلى الورثة أسوة بحقوقها -	مدى نطاق
٩٧	القاعدة التى تقضى بآلا تركة إلا بعد سداد الدين :	...
	فى أية ذمة يبقى دين التركة بعد موت المورث -	اختلاف
٩٩	المذاهب الفقهية :	...
	عند الحنفية والشافعية يبقى الدين فى ذمة الميت ويفترض	
٩٩	بقائه ذمته
٩٩	عند المالكية يتعلق الدين بالتركة نفسها لا بذمة الميت	...
	بعض الحنابلة يقولون قول الحنفية والشافعية وبعضهم	

١٠٠	يقولون قول المالكية	
	رأى ثالث عند الخنابلة يذهب إلى أن الدين يتعلق بنمة	
	الوارث في حدود ما يرث ، وهذا الرأي يتفق مع	
١٠٠	القانون المصري	
	حكم تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الديون وما يجب	
١٠١	من الحماية لحقوق دائي التركة :	
١٠٤	الغرض الأساسي في المذاهب المختلفة هو حماية دائي التركة	
	القانون المصري يحمي حقوق الدائنين عن طريق تشييل أموال	
١٠٥	التركة بحق عيني خاضع للشهر	
١٠٩	— تنذيم حماية حقوق دائي التركة في القانون المصري	المبحث الثاني
١٠٩	انما يتان اللذان نظمهما القانون :	
١٠٩	الطريق الأول — طريق الإجراءات الفردية	
١١١	الطريق الثاني — طريق الإجراءات الجماعية	
١١٢	— طريق الإجراءات الفردية	المطلب الأول
١١٥	من يقوم بشهر الدين	
١١٦	كيف يكون شهر الدين	
١١٩	حالة شهر الدين في خلال سنة من شهر حق الإرث	
١٢٢	حالة شهر الدين بعد انقضاء سنة من شهر حق الإرث	
١٢٣	حالة عدم شهر الدين أصلا :	
١٢٣	الفرض الأول — ألا يكون الوارث قد شهر حق إرثه	
١٢٤	الفرض الثاني — أن يكون الوارث قد شهر حق إرثه	
١٢٥	— طريق الإجراءات الجماعية (التصفية الجماعية للتركة)	المطلب الثاني
	التصفية الجماعية للتركة أمر اختياري وهو على كل حال أمر	
١٢٥	استثنائي	
١٢٦	معنى أن تصفية التركة هي تصفية جماعية	
١٢٧	مراحل التصفية الجماعية للتركة : مراحل أربع	
١٢٨	١٨ — المرحلة الأولى — تعيين مصف للتركة	
١٣٠	كيف يعين المصفي :	
١٣١	تثبيت وصي التركة	
١٣٣	تعيين مصف للتركة	
١٣٤	قيد الأوامر الصادرة بتعيين المصفين :	
١٣٦	الأثران المتربان على قيد أمر تعيين المصفي :	
	لا يجوز التصرف في أموال التركة ولا استيفاء مالها	

صفحة

١٣٦	... من ديون ..
١٣٨	... لا يجوز اتخاذ أى إجراء فردى على أموال التركة .
١٤١	... كيف تنتهى مهمة المصنفى .
١٤١	... تنتهى مهمة المصنفى فى الأصل بانتهاء التصفية .
١٤١	... تنتهى مهمة المصنفى قبل انتهاء التصفية بتنحية .
١٤١	... تنتهى مهمة المصنفى قبل انتهاء التصفية بموته ..
١٤٢	... تنتهى مهمة المصنفى قبل انتهاء التصفية بعزله .
١٤٣	٢٥ — المرحلة الثانية — جرد التركة بمالها وما عليها
١٤٣	تسلم المصنفى أموال التركة وما يتعلق بأجرة وبنفقات التصفية :
١٤٤	... تسلم المصنفى لأموال التركة ..
١٤٤	... تحديد أجر للمصنفى ...
١٤٤	... نفقات التصفية ...
١٤٥	... مصروفات قسمة أموال التركة ...
١٤٥	... اتخاذ الاحتياطات المستحقة للمحافظة على التركة : ...
١٤٦	وضع الأختام على الغرف والقاعات التى تحتوى على الأثاث
١٤٦	تقدير قيمة هذه الأشياء وإدراجها فى قائمة الجرد ...
١٤٦	أحد المصارف .
١٤٧	تقدير قيمة هذه الأشياء وإدراجها فى قائمة الجرد ...
١٤٧	تجهيز الميت وصرف نفقة مؤقتة لمن كان الميت يعمل من ورثته
١٤٨	تقدير نفقات تجهيز الميت ونفقات مآتمه ...
١٤٩	تقدير نفقة مؤقتة للورثة الذين كان المورث يعمل من ...
١٥٠	إدارة التركة ومسئولية المصنفى عن الإدارة ...
١٥٠	لدى الغير والحجز التحفظى ..
١٥١	أعمال الإدارة المألوفة كبيع المحصول وقبض الغلة والديون
١٥١	المستحقة والنيابة عن التركة فى الدعاوى ...
١٥١	مسئولية المصنفى هى مسئولية الوكيل المأجور ...
١٥٢	تكاليف دائى التركة ومدينها بتقديم بيان عما لهم من حقوق
١٥٢	وما عليهم من ديون : ...
١٥٣	توجيه تكليف على لدائى التركة ومدينها ...
١٥٣	المواعيد الواجب مراعاتها فى هذا التكليف ...
١٥٤	الطرق المختلفة لنشر هذا التكليف ...

جرد حقوق التركة وديونها :	١٥٤
وسائل إحصاء ما للتركة من أعيان وحقوق وما عليها من ديون	١٥٦
تقدير قيمة أموال التركة والاستماعة بغير عند الانقضاء	١٥٧
عقوبة من استولى غشاً على شيء من أموال التركة ولو كان وارثاً	١٥٧
إعداد قائمة بجرد التركة وإيداعها قلم كتاب المحكمة وإخطار	
ذوي الشأن بهذا الإيداع	١٥٨
الفصل في المنازعات المتعلقة بالجرد :	١٥٩
المنازعات في قائمة الجرد	١٦٠
فحص المحكمة للمنازعات فحصاً مبدئياً	١٦١
صدور أمر في شأن هذه المنازعات	١٦٢
§ ٣ — المرحلة الثالثة — تسوية ديون التركة	١٦٢
متى توفي ديون التركة ومن أين توفي :	١٦٣
الوفاء بالديون غير المتنازع فيها إذا كانت التركة موسرة	
والوفاء بالديون الأخرى عند اقتباء النزاع	١٦٤
وفاء الديون من نقود التركة وما يقتضيه المصفي من حقوقها	
في ذمة مدينها	١٦٦
وفاء الديون من الأوراق المالية التي في التركة	١٦٦
وفاء الديون من منقولات التركة ثم من عقاراتها	١٦٦
تعميل الوفاء بالديون المؤجلة :	١٦٧
تعميل الدين ذي الفوائد بالتطبيق للمادة ٥٤٤ مدني	١٦٨
تعميل الدين الذي لا فوائد له	١٦٩
استبقاء أجل الديون وتزريعها على الورثة :	١٦٩
توزيع الديون المؤجلة مع أموال التركة بحيث يكون نصيب	
كل وارث معادلاً لصافي حصته من الإرث	١٧٠
جواز ترتيب ضمانات خاصة للدائنين	١٧٠
استبقاء الدائن لتأمينه الخاص	١٧١
السبب في إضافة التأمينات التكميلية	١٧١
جواز تعجيل أحد الورثة لدينه المؤجل	١٧٢
وفاء الديون التي لم تظهر في قائمة الجرد :	١٧٢
رجوع هؤلاء الدائنين على الورثة في أموال التركة التي	
لا تزال في أيديهم	١٧٣
رجوع هؤلاء الدائنين على الورثة إذا تصرف هؤلاء في أموال	

صفحة

١٧٤	التركة بموجب إثراء الوارث على حساب الدائن ...
	استبقاء هؤلاء الدائنين حقهم في الرجوع على أموال التركة
١٧٤	التي لا تزال في أيدي الورثة ..
١٧٤	تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف ...
١٧٤	تنفيذ التكاليف التي على التركة كالضرائب ...
١٧٤	تنفيذ الوصايا في حدود نصاب الوصية ...

§ ٤ - المرحلة الرابعة - تسليم أموال التركة للورثة خالية

١٧٥	من الديون وقسمة هذه الأموال ...
١٧٦	تسليم ما بقي من أموال التركة بعد تصفيتها للورثة :
	تسليم المحكمة شهادة الإرث للوارث بعد أن يقدم هذا الإعلام
١٧٧	الشرعي للورثة ...
١٧٨	شهر الوارث حقه في الإرث عن طريق تسجيل هذه الشهادة
	جواز تسليم الوارث لكل نصيبه أو بعضه بمجرد انقضاء الميعاد
١٧٩	المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد ...
١٧٩	قسمة المصفي للتركة : ...
١٨١	طلب الوارث تسليم نصيبه مفرزاً ...
١٨١	تجنيب حصة الوارث بالاتفاق مع الورثة ...
١٨١	رفع دعوى القسمة إذا تعذر اتفاق الورثة ...
١٨١	أحكام خاصة تنفرد بها بعض أموال التركة عند قسمتها : ...
١٨٢	الأوراق العائلية والأشياء التي تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث
١٨٣	المستغل الزراعي أو الصناعي أو التجاري ...
١٨٤	الديون التي للتركة على مدينها
١٨٥	قسمة المورث ...
	جواز زيادة نصيب الوارث في هذه القسمة بمقدار نصاب
١٨٦	الوصية ...
١٨٧	جواز إفراز نصيب بعض الورثة دون بعض ...
١٨٧	قسمة المورث هي وصية وقسمة ...
	الحالات التي لا تتناول فيها قسمة المورث كل أموال التركة أو
١٨٨	كل الورثة أو كل ديون التركة : ...
١٨٨	عدم تناول القسمة كل أموال التركة ..
١٨٩	عدم تناول القسمة كل الورثة
١٩٠	عدم تناول القسمة كل ديون التركة ...

المبحث الثالث	— شهر حق الإرث	١٩١
	خضوع حق الإرث للشهر منذ قانون تنظيم الشهر العقارى	١٩١
	كيف يتم شهر حق الإرث طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقارى	١٩٤
	من يقوم بشهر حق الإرث	١٩٥
	المحرر الذى يسجل	١٩٥
	علم دفع رسم عن شهر حق الإرث	١٩٦
	جزاء عدم شهر حق الإرث : تنتقل إلى الوارث ملكية نصيبه ولكن لا يجوز شهر تصرفه في هذا النصيب	١٩٦
	قصر الشهر على جزء من عقارات التركة	١٩٧
	إجراءات شهر حق الإرث طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقارى :	١٩٧
	طلب شهر حق الإرث	١٩٧
	المستندات التى ترفق بطلب شهر حق الإرث	١٩٨
	عملية الشهر	٢٠٠
	شهر حق الإرث في قانون السجل العيني :	٢٠١
	جزاء عدم الشهر هو عدم جواز تصرف الوارث	٢٠٢
	تقديم طلب التيد إلى مأمورية السجل العيني	٢٠٢
	الفروق ما بين شهر حق الإرث في قانون السجل العيني وشهره في قانون تنظيم الشهر العقارى	٢٠٢

الفصل الثانى

الوصية

المبحث الأول	— تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الوصية	٢٠٦
	قانون الوصية المستمد من الشريعة الإسلامية هو الذى يسرى على الوصية لجميع المصريين :	٢٠٦
	قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ومشتملاته	٢٠٦
	الأحكام الرئيسية التى اشتمل عليها قانون الوصية	٢٠٧
	شكل الوصية وشروط صحتها :	٢٠٧
	شكل الوصية — أحد أشكال ثلاثة	٢٠٨
	شروط صحة الوصية بالنسبة إلى الموصى	٢٠٨
	شروط صحة الوصية بالنسبة إلى الموصى له	٢٠٩
	شروط صحة الوصية بالنسبة إلى الموصى به	٢٠٩
	رجوع الموصى عن الوصية :	٢١٠

صفحة	
٢١٠	رجوع الموصى صراحة أو دلالة
٢١٠	ملا يعتبر رجوعاً في الوصية
٢١٠	قبول الموصى له الوصية ورده إليها :
٢١٠	قبول الموصى له الوصية أو ردها يكون ببطء وفاة الموصى ...
٢١١	موت الموصى له قبل القبول أو الرد وقيام ورثته مقامه ...
	إبلاغ الموصى له بالوصية باعلان رسمي ومضى ثلاثين يوماً
٢١١	على ذلك
٢١١	الموصى له :
	الوصية للمطوم والوصية بالمنافع لطبقتين والوصية لمن
٢١١	لا يحصون
٢١١	الوصية لمعينين
٢١١	الوصية للحمل
٢١٢	الموصى به :
٢١٢	الوصية بالثلث للوارث وغيره
٢١٤	الوصية بسهم شائع في التركة
٢١٥	الوصية بمنفعة العين
٢١٦	الوصية بالمراتب
٢١٦	الوصية الواجبة :
٢١٦	متى تكون الوصية الواجبة
٢١٧	الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا
٢١٨	المبحث الثاني — حماية الورثة من الوصايا المستترة
٢١٨	حالتان يحمى فيهما الوارث من الوصايا المستترة
٢٢٠	الحالة الأولى — التصرفات التي تصدر من المورث في مرض الموت :
٢٢١	الشرط الأول — التصرف صادر في مرض الموت : ..
٢٢٢	أي تصرف وليس البيع فقط
	عبء إثبات أن التصرف قد صدر في مرض
٢٢٢	الموت
٢٢٤	الشرط الثاني — التصرف مقصود به التبرع :
	أكثر ما يقع ذلك في البيع وقد ورد فيه نص
٢٢٤	خاص
٢٢٥	عبء إثبات أن التصرف مقصود به التبرع ..
	الحالة الثانية — التصرفات التي يحتفظ فيها المورث بحيازة العين
٢٢٥	وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته : ..

صفحة

٢٢٦	في عهد التقنين المدني القديم
٢٢٧	المشروع التمهيدي والتصرف لغير اللوارث
٢٢٩	التقنين المدني الجديد واحتفاظ المورث بحيازة العين والانتفاع بها مدى الحياة
٢٣٣	القرينة قرينة قانونية غير قاطعة ..
٢٣٤	وحسن القرينة
٢٣٤	عدم دحض القرينة وبقاؤها قائمة
٢٣٥	— شهر الوصية ..
٢٣٥	خضوع الوصية للشهر منذ قانون تنظيم الشهر العقاري
٢٣٦	كيف يتم شهر الوصية طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقاري :
٢٣٦	مضى شهر الوصية
٢٣٧	من يقوم بشهر الوصية
٢٣٧	المحرر الذي يسجل .
٢٣٧	دفع رسم نسي عن تسجيل الوصية
٢٣٧	جزاء عدم تسجيل الوصية : عدم انتقال ملكية العقار الموصى به لا بالنسبة إلى الغير ولا بين ذوى الشأن
٢٣٨	إجراءات شهر الوصية طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقاري
٢٣٩	الصورة الأولى : الموصى له يقوم بتسجيل الوصية الموثقة في ورقة رسمية أو المحررة في ورقة عرفية مصدق فيها على إمضاء الموصى أو حتمه
٢٣٩	الصورة الثانية : الموصى له يقوم بتسجيل الوصية المكتوبة كلها بخط الموصى وعليها إمضاءه
٢٤٠	الصورة الثالثة : الموصى يقوم في حال حياته بتسجيل الوصية
٢٤٠	الصورة الرابعة : الوصية الواجبة
٢٤١	شهر الوصية في قانون السجل العيني :
٢٤١	جزاء عدم الشهر هو أن ملكية العقار الموصى به لا تنتقل إلى الموصى حتى بين ذوى الشأن ..
٢٤٢	تقديم طلب القيد إلى مأمورية السجل العيني
٢٤٢	الفرق ما بين القيد في السجل العيني والتسجيل في قانون تنظيم الشهر العقاري : القيد حجية مطلقة ..

الباب الثالث

كسب الملكية فيما بين الأحياء

الفصل الأول

الالتصاق

صفحة

٢٤٣	مقومات الالتصاق وتكييفه القانوني : ..
	مقومات الالتصاق : الاندماج والتميز واختلاف المالك
٢٤٣	وانعدام اتفاق سابق ..
	التكييف القانوني للالتصاق : واقعة مادية مكسبة للملكية جديدة
٢٤٤	(بخلاف ملكية الثمار فهي نفس الملكية الأصلية) ..
٢٣٧	ما استحدث التقنين المدني الجديد من الأحكام في الالتصاق ..
٢٤٨	أحوال الالتصاق : ..
٢٤٨	الالتصاق الطبيعي بالعقار ..
٢٤٨	الالتصاق الصناعي بالعقار ..
٢٤٨	التصاق المنقول بالمنقول ..

المبحث الأول - الالتصاق الطبيعي بالعقار (التصاق المنقول

٢٤٨	بالأرض بفعل المياه) ..
٢٥١	فعل مياه البحر والمياه الراكدة كالبحيرات والبرك ..
٢٥٢	فعل مياه النهر عن طريق تراكم الطمي : ..
	شروط تراكم الطمي : طريقة تدريجية غير محسوسة -
٢٥٢	علو الطمي أعلى منسوب المياه - ملاصقته للأرض المجاورة
	حكم الطمي : ملكيته لمالك الأرض المجاورة بطريق
٢٥٤	الالتصاق ..
٢٥٥	طرح النهر وأكله : ..
٢٥٧	قانون رقم ١٠٠ هو القانون المعمول به الآن ..
	طرح النهر بملوك للدولة ملكية خاصة ويوزع على صغار الفلاحين
٢٥٨	طبقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعي ..
٢٥٩	تعويض أصحاب أكل النهر تعويضاً نقدياً ..

صفحة

بالأرض بفعل الإنسان) ٢٦٠

مالك الأرض يعتبر مالكا للمنشآت التي فيها : ٢٦٠

قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ٢٦١

الدليل العكسي الذي يدحض هذه القرينة ٢٦٢

صور ثلاث تملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق : ٢٦٣

صاحب الأرض هو الباني في أرضه بأدوات مملوكة لغيره ٢٦٣

صاحب الأدوات هو الباني في أرض غيره ٢٦٤

الباني بني في أرض غيره وبأدوات غيره ٢٦٤

المطلب الأول

— الصورة الأولى — صاحب الأرض هو الباني في

أرضه بأدوات مملوكة لغيره ٢٦٧

صاحب الأرض حسن النية : ٢٦٨

صاحب الأرض يملك الأدوات بالحيازة ٢٦٨

صاحب الأرض لا يملك الأدوات بالحيازة ٢٦٨

صاحب الأرض سيء النية : ٢٦٩

افتراض الأول — نزع الأدوات يلحق بالمنشآت ضرراً جسيماً ٢٦٩

الفرض الثاني — نزع الأدوات لا يلحق بالمنشآت ضرراً

جسيماً : ٢٧١

دعوى الاسترداد ترفع في ميعاد سنة .. ٢٧١

دعوى الاسترداد لا ترفع في ميعاد سنة ٢٧٢

وضع منقول في الأرض غير أدوات البناء ٢٧٣

المطلب الثاني

— الصورة الثانية — صاحب الأدوات هو الباني في

أرض غيره ٢٧٣

١٩ — الأحكام العامة في الالتصاق في صورته الثانية : ٢٧٦

الباني سيء النية يعلم أن الأرض مملوكة لغيره : ٢٧٦

العهد الأول في خلال سنة تبدأ من اليوم الذي يعلم فيه مالك

الأرض بإقامة المنشآت : ٢٧٩

مالك الأرض يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع

التعويض ٢٧٩

مالك الأرض يتمكن المنشآت بالالتصاق بأقل القيمتين : قيمتها

مستحقة الإزالة وقيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب

هذه المنشآت ٢٨٠

صفحة

- المعهد الثاني عند انقضاء السنة ... ٢٨٢
- مالك الأرض يملك المنشآت بالالتصاق بأقل القيمتين ... ٢٨٣
- الباني حسن للنية يعتقد أن له الحق في إقامة المنشآت : ... ٢٨٤
- مالك الأرض يملك المنشآت بأقل القيمتين : قيمة المواد وأجرة العمل
- وقيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ... ٢٨٧
- جواز أن يطلب الباني نزع المنشآت ... ٢٨٩
- جواز أن يطلب صاحب الأرض تملك الأرض لمن أقام
- المنشآت نظير تعويض عادل ... ٢٨٩
- ٢٨ - فروض أخرى تسرى عليها الأحكام العامة
- للالتصاق في صورته الثانية ٢٩١
- فرض ما إذا رخص صاحب الأرض قباني في البناء ... ٢٩١
- فرض ما إذا بنى المتفع في الأرض المتفع بها ... ٢٩٤
- فرض ما إذا بنى المالك ثم أبطلت ملكيته أو فسخت ... ٢٩٦
- فرض ما إذا بنى البائع في الأرض المبنية قبل تسجيل البيع أو بنى
- المشتري في هذه الأرض قبل التسجيل ... ٢٩٨
- ٢٩ - أداء التعويض لصاحب المنشآت ... ٣٠٣
- حق صاحب المنشآت في حبس المنشآت حتى يستوفى التعويض ... ٣٠٤
- حق صاحب الأرض في تقسيط دفع التعويض ... ٣٠٦
- ٣٠ - فروض وردت فيها أحكام خاصة غير أحكام
- الالتصاق ... ٣٠٨
- فرض ما إذا بنى المستأجر في العين المؤجرة ... ٣٠٨
- فرض ما إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه ... ٣١١
- فرض ما إذا بنى المحتكر في الأرض المحتكرة ... ٣١٣
- ٣١ - فروض تستبعد أصلاً من نطاق أحكام الالتصاق ... ٣١٤
- فرض ما إذا بنى المالك في انشيوخ في الأرض الشائعة ... ٣١٤
- فرض ما إذا بنى الفغولي أو الوكيل في أرض رب العمل أو الموكل ... ٣١٥
- ٣٢ - فروض تستثنى من أحكام الالتصاق ... ٣١٦
- فرض ما إذا جار الباني بحسن نية على جزء صغير من الأرض
- الملاصقة ... ٣١٦
- المنشآت الصغيرة المقامة على أرض الغير لا على سبيل الدوام ... ٣١٩

المطلب الثالث	— الصورة الثالثة — الباني بنى في أرض غيره	صفحة
	وبأدوات غيره	٣٢١
	علاقة صاحب المواد بالباني	٣٢٢
	علاقة صاحب المواد بصاحب الأرض	٣٢٣
	علاقة الباني بصاحب الأرض	٣٢٤
المبحث الثالث	— التصاق المنقول بالمنقول	٣٢٥
	شروط التصاق المنقول بالمنقول :	٣٢٧
	التصاق بين منقول ومنقول...	٣٢٧
	اختلاف المالك	٣٢٧
	اندماج المنقولين أحدهما في الآخر	٣٢٧
	انعدام اتفاق سابق	٣٢٧
	أحكام التصاق المنقول بالمنقول...	٣٢٨
	توجيهات عامة يسترشد بها القاضى	٣٢٨
	الضم والخلط أو المزج والتحويل	٣٣٠

الفصل الثاني

العقد

٢٣١	كسب الملكية بالعقد في المنقول والعقار
٢٣٢	كسب الملكية بالعقد في المنقول :
٢٣٣	الشيء المعين بالذات
٢٣٤	الشيء المعين بنوعه
٢٣٥	كسب الملكية بالعقد في العقار - وجوب الشهر :
٢٣٦	المرحل التي مر بها انتقال الملكية في العقار :
٢٣٧	قبل صدور التقنين لمبنى القديم
٢٣٨	منذ صدور التقنين لمبنى القديم
٢٣٩	منذ صدور قانون التسجيل
٢٤٠	منذ صدور قانون تنظيم الشهر العقاري
٢٤١	نظام السجل العيني
المبحث الأول - المحررات الواجب شهرها وما يترتب من أثر					
٢٤٢	على الشهر
التصرفات و لأحكام المتعلقة بإنشاء حق عيني عقارى أصلى أو					
٢٤٣	نقله أو تغييره أو زواله

صفحة

للتصرفات و لأحكام الكاشفة عن حق عيني عقارى أصل ... ٣٤٦

الدعاوى الخاصة للشهر ٣٤٦

المطلب الأول - التصرفات والأحكام المتعلقة بإنشاء حق عيني

عقارى أصلى أو نقله أو تغييره أو زواله .. ٣٤٦

§ ١ - التصرفات والأحكام الواجبة للشهر .. ٣٤٦

العقود الواجبة الشهر : ٣٤٦

العقود المنشئة لحق عيني عقارى أصلى (انتفاع أو ارتفاق

أو حكر) ٣٤٧

العقود الناقلة لحق عيني عقارى أصلى (البيع والمقايضة والوفاء

بمقابل والهبة والشركة) ٣٤٧

العقود المغيرة لحق عيني عقارى أصلى ٣٤٧

العقود المنهية لحق عيني عقارى أصلى ٣٤٨

التصرفات الصادرة من جانب واحد الواجبة الشهر : ... ٣٤٨

الوقف ٣٤٨

الوصية ٣٤٩

إنشاء اسلوسة ٣٤٩

التصرفات الإدارية (نزع الملكية للمنفعة العامة - تقسيم

الأراضي - ردم البرك والمستنقعات - طرح البحر

وأكله) ٣٥٠

الأحكام المنشئة الواجبة الشهر : ٣٥٢

أحكام مرسى المزارع ٣٥٤

الحكم بثبوت الشفعة ٣٥٥

§ ٢ - ما يترتب على الشهر من أثر ٣٥٦

أولا - التصرف أو الحكم قبل أن يشهر : ٣٥٦

في قانون الشهر العقارى : ٣٥٦

البيع غير المسجل لا ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير

ولا فيما بين المتعاقدين ٣٥٧

البيع غير المسجل لا يزال بيعاً فينتج آثاره عدا نقل

الملكية ٣٥٩

في قانون السجل العيني : ٣٦٠

البيع غير المقيد لا ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير

ولا فيما بين المتعاقدين ٣٦٠

صفحة

البيع غير المقيد لا يزال يبعاً فينتج آثاره عدا	
نقل الملكية...	٣٦١
ثانياً - التصرف أو الحكم بعد أن يشهر	٣٦١
في قانون الشهر العقاري :	٣٦١
البيع المسجل ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ...	٣٦٣
ليس لانتقال الملكية أثر رجعى يستند إلى	
وقت البيع ...	٣٦٣
الرأى المعارض القائل بأن لانتقال الملكية	
فيما بين المتعاقدين أثراً رجعياً والحجج	
التي يستند إليها ...	٣٦٤
البيع المسجل ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير	٣٦٨
حسن النية والتسجيل :	٣٦٩
عهد التقنين المدنى السابق	٣٧٠
عهد قانون التسجيل	٣٧٠
عهد قانون الشهر العقاري	٣٧١
في قانون السجل العيى :	٣٧٤
للقيد حجية مطلقة بخلاف التسجيل وهو لا العقد	
الذى ينقل الملكية ...	٣٧٤
البيع المقيد ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ...	٣٧٧
لا خلاف في أنه ليس للقيد أثر رجعى حتى	
فيما بين المتعاقدين ...	٣٧٧
البيع المقيد ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ...	٣٧٨
القيد لا يفسره سوء النية ولا التواطؤ	٣٧٩
المطلب الثانى - التصرفات والأحكام الكاشفة عن حق عيى	
عقارى أصلى	٣٨٠
§ ١ - التصرفات والأحكام الواجبة الشهر	٣٨٠
المقيد الكاشفة الواجبة الشهر :	٣٨٠
عقد القسمة :	٣٨٠
اتفاق الشركاء على البقاء في الشيوع	٣٨١
دعوى نقض القسمة للنين	٣٨٢
قسمة المهايأة المكانية إذا انقلب إلى قسمة نهائية	٣٨٢
عقد الصلح :	٣٨٣

صفحة	
٣٨٣	الحكم بالتصديق على محضر المصلح
٣٨٤	التصرفات الكاشفة الصادرة من جانب واحدة الواجبة الشهر :
٣٨٤	الإقرار الغير بملكية عقار
٣٨٥	إقرار العقد الصادر من الغير ..
٣٨٥	إجازة العقد القابل للإبطال
٣٨٦	ترك الحق في التقادم
٣٨٦	الأحكام الكاشفة الواجبة الشهر :
٣٨٧	الحكم الصادر في القسمة القضائية
٣٨٧	الحكم الاتفاق
٣٨٨	الحكم بإرساء المزاد على أحد الشركاء في قسمة التصفية
٣٨٨	الحكم بإرساء المزاد على الحائز للعقار
٣٨٨	٢٩ - ما يترتب على الشهر من أثر
٣٨٨	أولاً - التصرف أو الحكم قبل أن يشهر
٣٨٨	في قانون الشهر العقاري :
٣٩٠	لا يحجج بالقسمة غير المسجلة على الغير ..
٣٩٣	في قانون السجل العيني :
٣٩٤	القسمة غير المقيمة لا تكون حجة على الغير ..
٣٩٤	القسمة غير المقيمة لا تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين
٣٩٥	ثانياً - التصرف أو الحكم بعد أن يشهر
٣٩٥	في قانون الشهر العقاري :
٣٩٥	القسمة المسجلة تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين ..
٣٩٥	القسمة المسجلة تكون حجة على الغير ..
٣٩٦	في قانون السجل العيني :
٣٩٦	القسمة المقيمة تكون حجة على الغير ..
٣٩٦	القسمة المقيمة تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين ..
٣٩٧	المطلب الثالث - الدعاوى الخاضعة للشهر
٣٩٧	١ - أنواع الدعاوى الخاضعة للشهر
٣٩٧	دعاوى الطعن في التصرفات واجبة الشهر :
	الدعاوى التي تطعن في وجود التصرف (بطلان التصرف
٣٩٨	وصوريته الفسخ والانقضاء والإلغاء)
	الدعاوى التي تطعن في صحة التصرف (إبطال التصرف ونقض
٣٩٨	القسمة الرضائية)

مفاد

الدعاوى التى تظن فى نفاذ التصرف (الدعوى البولصية ودعوى	
عدم نفاذ الوصية أو تصرفات المريض مرض الموت) ...	٣٩٩
دعاوى صحة التعاقد : ...	٣٩٩
أنواع مختلفة من دعاوى صحة التعاقد ...	٤٠١
دعاوى الاستحقاق : ...	٤٠٢
دعوى استحقاق ملكية العقار ...	٤٠٢
دعوى الإقرار بحق عيني ...	٤٠٣
دعوى إنكار الحق العيني ...	٤٠٤
الدعاوى الخاصة للشهر فى قانون السجل العيني : ...	٤٠٤
دعوى الاستحقاق ودعوى الإقرار بحق عيني ودعوى إنكار	
الحق العيني ...	٤٠٤
دعوى الطعن ببطالان التصرف وبإبطال التصرف ونقض	
القسمة الرضائية للغبين ...	٤٠٥
الدعوى البولصية ودعاوى عدم نفاذ الوصية وعدم نفاذ	
تصرفات المريض مرض الموت ...	٤٠٥
دعاوى التفسخ والانفساخ والالغاء ...	٤٠٥

§ ٢ - كيف يكون إجراء شهر الدعاوى وما يترتب عليه

من أثر ...	٤٠٧
كيف يكون إجراء شهر الدعاوى فى قانون الشهر العقارى ...	٤٠٧
التأشير بصحيفة الدعوى أو تسجيلها ...	٤٠٨
التأشير بمنطوق الحكم النهائى ...	٤٠٩
كيف يكون إجراء شهر الدعاوى فى قانون السجل العيني ...	٤١٠
طلب إضافى هو إجراء التغيير فى بيانات السجل العيني ...	٤١٠
التأشير فى السجل العيني بمضمون الطلبات وتقديم شهادة تدل	
على حصول التأشير ...	٤١٠
التأشير فى السجل العيني بمنطوق الحكم النهائى ...	٤١٠
ما يترتب على شهر الدعاوى من أثر فى قانون الشهر العقارى ...	٤١٠
المتصرف له شهر التصرف بعد شهر الدعوى ...	٤١٢
المتصرف له شهر التصرف قبل شهر الدعوى ...	٤١٢
ما يترتب على شهر الدعاوى من أثر فى قانون السجل العيني ...	٤١٤
التأشير بالحكم النهائى فى خلال خمس سنوات ...	٤١٥
التأشير بالحكم النهائى بعد انقضاء خمس سنوات ...	٤١٦

صفحة

المبحث الثاني	— إجراءات الشهر	٤١٧
المطلب الأول	— إجراءات الشهر في قانون الشهر العقاري .	٤١٧
٤١٩	طلب الشهر والتأشير عليه بقبوله للشهر :	...
٤١٩	البيانات التي يجب أن يشمل عليها طلب الشهر	...
٤٢٢	تدوين الطلب بدفتر أسبقية الطلبات...	...
	بحث الطلب من الناحية الهندسية ومن الناحية القانونية والتأشير	
٤٢٤	عليه بقبوله للشهر..	...
٤٢٥	مشروع المحرر المراد شهره والتأشير عليه بصلاحيته للشهر :	...
	إعداد مشروع المحرر رسميا كان أو عرفيا (الورق الأزرق	
٤٢٥	والمدااد الأسود) من واقع بيانات طلب الشهر	...
٤٢٥	تدوين مشروع المحرر بدفتر أسبقية مشروعات المحررات...	
	بحث مشروع المحرر من ناحية مطابقة البيانات لبيانات طلب	
٤٢٦	الشهر والتأشير عليه بصلاحيته للشهر...	...
٤٢٦	توقيع المحرر وعملية التسجيل :	...
٤٢٦	مكتب التوثيق لتوثيق المحرر أو للتصديق على التوقيعات	...
٤٢٧	تقديم المحرر لمكتب الشهر وإعطائه رقما مسلسلا هو رقم الشهر	
	تدوين المحرر بدفتر الشهر وتسليم صورة فوتوغرافية لصاحب	
٤٢٩	الشأن وإرسال صورة فوتوغرافية للمكتب الرئيسي	...
٤٢٩	التأشير الهامشي :	...
٤٢٩	طلب التأشير الهامشي والبيانات التي يشتمل عليها...	...
٤٢٩	تدوين الطلب بدفتر أسبقية الطلبات...	...
٤٣٠	إثبات التأشير في هامش المحرر...	...
٤٣٢	المطلب الثاني — إجراءات الشهر في قانون السجل العيني
٤٣٢	تنظيم السجل العيني :	...
٤٣٢	سجل عيني لكل قسم مساحي...	...
٤٣٣	صحيفة خاصة لكل وحدة عقارية بالسجل العيني...	...
٤٣٤	إثبات الحقوق في السجل العيني لأول مرة :	...
٤٣٤	إستخلاص بيانات الصحائف من مصادر معينة	...
٤٣٧	دعوة أصحاب الشأن للاطلاع على بيانات الوحدة العقارية...	
٤٣٨	طلبات إجراء التغير أمام اللجنة القضائية في خلال سنة...	
٤٣٨	التغير والتصحيح في بيانات السجل العيني :	...
٤٣٩	التغير في البيانات	...

صفحة

٤٤٠	التصحيح في البيانات...
٤٤١	إجراءات القيد في السجل العيني :
٤٤١	طلب القيد وبياناته
٤٤١	تكوين الطلب بدفتر أسبقية الطلبات...
٤٤٣	رفض طلب إجراء القيد
٤٤٣	القيد في السجل العيني...
٤٤٣	سندات الملكية والشهادات المستخرجة من السجل العيني...

الفصل الثالث

الشفعة

تمهيد

٤٤٤	التعريف بالشفعة وتكييفها القانوني ..
٤٤٥	التعريف بالشفعة :
					البائع والمشتري والشفيع والمقار المشفوع به والمقار المشفوع فيه .
٤٤٦	التكليف القانوني للشفعة :
٤٤٧	الشفعة ليست بحق عيني ولا بحق شخصي بل هي ليست بحق أصلا ...
					الشفعة سبب لكسب الحق : واقعة مركبة من صلة مادية بين المقار المشفوع به والمقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية ومن بيع عقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية بالنسبة إلى الشفيع ومن إعلان الإخذ بالشفعة هذا تصرف قانوني ...
٤٤٨	الشفعة منزلة وسطى بين الرخصة في التملك والحق في الملك ...
٤٤٩	الشفعة متصلة بشخص الشفيع ...
٤٥٢	لا يجوز لدائي الشفيع أن يستعملوا الشفعة نيابة عن الشفيع بطريق الدعوى غير المباشرة ..
٤٥٣	لا تنتقل الشفعة بطريق الحوالة من الشفيع إلى الغير .
					للشفيع أن ينزل عن الشفعة حتى قبل أن يقوم بها سببها أي قبل البيع ..
٤٥٣	لا تنتقل الشفعة إذا مات الشفيع قبل أن يستعمل حقه فيها إلى ورثته : .
٤٥٨	الخلاف في الفقه الإسلامي : الحنفية والحنابلة (لا تورث) المالكية والشافعية (تورث)
٤٦٠	

صفحة

الخلاف في القضاء المصري : محكمة استئناف مصر	
بدواثرها المجتمعة (لا تورث) - محكمة النقض (تورث)	٤٦٢
الخلاف في الفقه المصري : جزء من الفقه المصري	
(لا تورث) - جزء آخر (تورث)	٤٦٥
ترجيح الرأي الذي يقول بأن الشفعة لا تورث - الخبيج	
التي ترجح هذا الرأي	٤٦٧
التشريعات المتعاقبة في الشفعة - أنصار الشفعة وخصومها -	
التضييق في حق الشفعة في التقنين المدني الجديد	٤٧٣
التشريعات المتعاقبة :	٤٧٣
الفقه الإسلامي - التقنين المدني الوطني والتقنين المدني	
المختلط - قانون الشفعة - التقنين المدني الجديد	٤٧٣
استبقاء الشفعة سبباً لكسب الملكية :	٤٧٤
أنصار الشفعة وخصومها	٤٧٥
الشفعة بسبب الجوار	٤٧٥
التضييق في حق الشفعة - التعديلات التي استحدثها التقنين المدني	
الجديد	٤٧٧
إيداع الشفع كل الثمن غزله المحكمة	٤٧٧
نزول الشفع عن حقه في الشفعة قبل البيع	٤٧٨
التوسع في منع الأخذ بالشفعة بين الأقارب وبين الأصهار	٤٧٨
إسقاط حق الشفعة بانقضاء أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع	٤٧٨
تفضيل المشتري الشفع على شفع من طبقته	٤٧٩
مباحث ثلاثة :	٤٨٠
شروط الأخذ بالشفعة	٤٨٠
كيفية الأخذ بالشفعة	٤٨٠
آثار الأخذ بالشفعة	٤٨٠
المبحث الأول - شروط الأخذ بالشفعة	٤٨٠
بيع عقار ووجود شفع	٤٨٠
المطلب الأول - بيع عقار	٤٨٠
١§ - بيع العقار الأصل فيه جواز الأخذ بالشفعة ...	٤٨١
لا يشفعه في المنقول :	٤٨١
المنقول يرد عليه حق الاسترداد لا حق الشفعة	٤٨١
لا شفعة في حصة شائعة في سفينة	٤٨٢
لا شفعة في منقول بحسب المال	٤٨٢

صفحة

٤٨٢	لا شفعة في عقار بالتخصيص .
٤٨٣	الشفعة غير قابلة للتجزئة :
٤٨٣	تعدد الصفقة ..
٤٨٥	وحدة الصفقة :
٤٨٥	تعدد المشترين مع وحدة العقار المبيع ..
٤٨٨	تعدد العقارات المبيعة مع وحدة المشترى (الاتصال - التخصيص لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة)
٤٩٣	لا تجوز الشفعة إلا في عقد البيع ..
٤٩٤	لا شفعة في الواقعة المادية كالميراث والالتصاق والتقدم ..
٤٩٤	لا شفعة في التصرف القانوني الصادر من جانب واحد كالوصية
٤٩٤	لا شفعة في عقود التبرع كالهبة .
٤٩٤	البيع المستتر في صورة هبة
٤٩٥	الهبة المستترة في صورة بيع
٤٩٥	التحايل لمنع الأخذ بالشفعة - هبة الشريط من الأرض الملاصق لأرض الشفع
٤٩٦	لا شفعة في عقود المعاوضة إلا إذا كان المقدر يماً :
٤٩٧	لا شفعة في المقايضة ولو كانت بمعدل .
٤٩٧	لا شفعة في الشركة
٤٩٧	لا شفعة في الوفاء بمقابل
٤٩٧	لا شفعة في العقود الكاشفة :
٤٩٧	لا شفعة في القسمة
٤٩٧	لا شفعة في الصلح
٤٩٨	الشفعة في عقد البيع :
٤٩٨	البيع الباطل ..
٤٩٨	البيع الصوري - الشفع ليس من الغير في الصورية
٥٠٠	البيع الابتدائي
٥٠٢	البيع المقترن بعربون .
٥٠٣	البيع المعلق على شرط فاسخ أو على شرط واقف
٥٠٥	البيع المتقابل فيه
٥٠٧	البيع القابل للإبطال ..
٥٠٩	عبء إثبات البيع الجائر الأخذ فيه بالشفعة يقع على الشفع ..
٥١٠	جواز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل :
٥١٠	قبل صدور قانون التسجيل - يجوز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل

صفحة

- منذ صدور قانون التسجيل - رأيان : ٥١٠
الرأى المرجوع علم جواز الأخذ بالشفعة إلا في البيع
المسجل ٥١٠
الرأى الراجع الذى أخذ به القضاء هو جواز الأخذ
بالشفعة في البيع غير المسجل ٥١١
التقنين الملقى الجديد - جواز الأخذ بالشفعة في البيع غير
المسجل - ملاحظات : ٥١٤
ما دامت الشفعة جائزة في البيع الابتدائي فهي جائزة في البيع
غير المسجل ٥١٦
لا يشترط ثبوت تاريخ البيع لجواز الأخذ بالشفعة ٥١٦
بيع العقار المشفوع به للشفيع يجب أن يكون مسجلاً ... ٥١٧
الأخذ بالشفعة عند توالى البيوع : ٥١٨
الحالة الأولى - البيع الثانى صادر بعد تسجيل طلب الأخذ بالشفعة : ٥١٩
يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة في البيع الأول ٥١٩
الحالة الثانية - البيع الثانى صادر قبل تسجيل طلب الأخذ بالشفعة : ٥٢٠
لا يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة إلا في البيع الثانى : ... ٥٢٠
ما يترتب على ذلك من النتائج ٥٢١
لا عبرة بتسجيل البيع ٥٢٣
٢٥ - البيوع التى لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة ٥٢٤
موانع الشفعة غير مسقطاتها - المانع يلغى الشفعة ابتداءً والمسقط
يلغى الشفعة بعد أن تقوم ٥٢٦
موانع الشفعة المتعلقة بالبيع والمتناثرة في تشريعات مختلفة ... ٥٢٧
الموانع الثلاثة المتعلقة بالبيع والمذكورة في التقنين الملقى : ... ٥٢٨
١ - البيع بالمزاد العلنى وفقاً لإجراءات رسمها القانون : ٥٢٨
البيع بالمزاد العلنى الجبرى أمام القضاء بناء على طلب
الدائنين ٥٢٨
البيع بالمزاد العلنى أمام القضاء لعقار شائع لا يمكن
قسمته عيناً ٥٢٨
بيع الدولة لأموالها الخاصة بالمزاد العلنى ... ٥٢٩
بيع العقار المحجوز عليه إدارياً لاستيفاء الضرائب ... ٥٢٩
بيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب بالمزاد العلنى ٥٢٩
بيع العقار المثقل بتكاليف عينية بيعاً اختيارياً بالمزاد العلنى ٥٣٠

صفحة

- ما يخرج من هذا النطاق وتجاوز فيه الشفعة ... ٥٣١ ...
 بيع المالك عقاره بيعاً حراً بالمزاد العلني دون التقيد
 بأجراءات وشروط ٥٣٢ ...
 بيع المالك عقاره بالمظاريف ٥٣٢ ...
 ٢ - البيع بين الزوجين أو بين الأقارب أو الأصهار للدرجة
 معينة : ... ٥٣٤ ...
 بيع الزوج لزوجته أو بيع الزوجة لزوجها ... ٥٣٤ ...
 بيع المالك لفروعه مهما نزلوا أو لفروعه مهما علوا ... ٥٣٤ ...
 بيع المالك لأحد أقاربه من الحواشي لغاية الدرجة الرابعة ... ٥٣٤ ...
 بيع المالك لأحد أصهاره لغاية الدرجة الثانية ... ٥٣٦ ...
 ٣ - العقار قد بيع ليكمل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة :
 يتناول منع الشفعة الدين الإسلامي وغيره من الأديان
 المعروفة ... ٥٣٨ ...
 لا يتناول منع الشفعة عقاراً بيع ليكون مدرسة أو ملجأ
 أو مبارة أو مستشفى أو مصحة أو أية مؤسسة اجتماعية ... ٥٣٨ ...
المطلب الثاني - وجود شفيع ٥٣٩ ...
١٩ - من هم الشفعاء ... ٥٣٩ ...
 ١ - من ثبت له صفة الشفيع : ... ٥٣٩ ...
 ما في الرقبة : ... ٥٤٤ ...
 مالك الرقبة يشفع في حق الانتفاع ... ٥٤٤ ...
 الشريك في الشيوع ... ٥٤٧ ...
 عقار شائع ... ٥٤٧ ...
 بيع أحد الشركاء حصته الشائعة ٥٤٩ ...
 بيع الحصة الشائعة يكون لأجنبي ٥٥١ ...
 المقصود بالعقار الشائع الملكية التامة والرقبة (الشفعة
 في جزء شائع في الرقبة) وحق الانتفاع (الشفعة في جزء
 شائع في حق الانتفاع) ٥٥٢ ...
 صاحب حق الانتفاع : ... ٥٥٤ ...
 صاحب حق الانتفاع يشفع في الرقبة ... ٥٥٤ ...
 مالك الرقبة والمستحكر في الحكر : ... ٥٥٨ ...
 أرض رتب عليها حق الحكر - صاحب الرقبة يشفع في
 حق الحكر والمستحكر يشفع في الرقبة ٥٥٩ ...

صفحة	
٥٦٠	نفرة حصول هذا الفرض عملاً
٥٦١	الجار المالك - أحوال ثلاث :
٥٦٤	الحالة الأولى للجوار - المبانى والأراضى المعلقة للبناء :
٥٦٤	التلاصق من جهة واحدة
٥٦٦	ما يمنع التلاصق - التحايل لمنع الشفعة
٥٦٨	تحقق التلاصق بأى امتداد مهما صغر
٥٦٨	التلاصق الرأسى - ملكية الطبقات
	الحالة الثانية للجوار - للأرض المبيعة أو عليها حق
٥٧٠	ارتفاع لأرض الجار :
	حق ارتفاع أيا كان مصدره وكذلك القيود القانونية
٥٧١	على حق الملكية
	حق ارتفاع لمصلحة الأرض المشفوع فيها ولمصلحة
٥٧٢	أراض أخرى
٥٧٣	نزول المشترى عن حق الارتفاع للشفيع
	الحالة الثالثة للجوار - أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة
٥٧٥	من جهتين وتساوى نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل :
٥٧٥	ملاصقة أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهتين ...
	أرض الشفيع لا تقل فى القيمة عن نصف ثمن الأرض
٥٧٨	المبيعة
٥٨٠	ب - الشروط الواجب توافرها فى الشفيع :
	الشرط الأول - الشفيع مالك للمعار المشفوع به من وقت
٥٨٠	بيع المعار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه فى الشفعة :
	ملكية الشفيع للمعار المشفوع به يجب أن تسبق البيع
٥٨١	الذى يأخذ فيه بالشفعة :
	إذا كان سند ملكية الشفيع يماً وجب أن يكون
٥٨١	موجوداً وسابقاً على البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة ...
	ويجب أن يكون هذا البيع مسجلاً وأن يكون التسجيل
٥٨١	سابقاً على البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة
	ملكية الشفيع للمعار المشفوع به يجب أن تبقى حتى وقت
٥٨٣	ثبوت حقه فى الشفعة :
٥٨٤	المعار لم يعد صالحاً لأن يشفع به
	ملكية الشفيع غير قائمة - البيع الصورى والبيع
٥٨٥	الباطل والبيع المعلق على شرط واقف

- ٥٨٥ ... سند ملكية الشفع بيع معلق على شرط قاسخ .
- ٥٨٦ ... ملكية الشفع شائعة
- ٥٨٨ ... سند ملكية الشفع بيع قابل للإبطال .
- ٥٨٩ ... الشرط الثاني - الشفع قد توافرت فيه الأهلية الواجبة :
- الأخذ بالشفعة من أعمال التصرف فيجب توافر أهلية
- ٥٨٩ ... التصرف في الشفع ...] ...
- ٥٨٩ ... الولي والوصي والقيم ...
- الشرط الثالث - الشفع غير ممنوع من شراء العقار
- ٥٩٠ ... المشفوع فيه :
- الحالة الأولى - العقار المشفوع فيه يجعل ملكية الشفع
- ٥٩٠ ... الزراعية تزيد على الحد الأقصى ...
- الحالة الثانية - الشفع نائب عن المالك في بيع العقار
- ٥٩٠ ... المشفوع فيه ...
- الحالة الثالثة - الشفع من عمال القضاء والعقار المشفوع
- فيه متنازع عليه زالتزاع من اختصاص الشفع ..
- ٥٩١ ... الشرط الرابع - الشفع ليس بوقف :
- ٥٩٢ ... لا شفعة للوقف لأق العقار المجاور ولا في الجزء السائب
- ٥٩٤ ... المملوك ...
- ٥٩٥ ... الشفعة في الوقف جائزة ..
- ٥٩٥ ... ٢٩ - نعدد الشفعاء وتزاحمهم ...
- ٥٩٨ ... الحالات المختلفة لتزاحم الشفعاء :
- ٥٩٨ ... الحالة الأولى - تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة
- ٥٩٨ ... الطبقة الأولى : مالك الرقبة عندما يشفع في حق الانتفاع
- الطبقة الثانية : الشريك في الشيوع في ملكية تامة أو في
- ٥٩٩ ... الرقبة أو في الانتفاع أو في حق الحكر
- الطبقة الثالثة : صاحب حق الانتفاع عندما يشفع في
- ٦٠٠ ... الرقبة ...
- الطبقة الرابعة - مالك الرقبة عندما يشفع في حق الحكر
- أو صاحب حق الحكر عندما يشفع في
- ٦٠٠ ... الرقبة ...
- ٦٠١ ... الطبقة الخامسة - الجار المالك ...
- ٦٠١ ... الحالة الثانية - تزاحم الشفعاء وهم من طبقة واحدة ..
- الشفعاء من طبقة واحدة حتى الطبقة الرابعة يقتسمون
- ٦٠١ ... بنسبة نصيب كل منهم في العقار المشفوع به ...

صفحة

- ٦٠٣ علم تفرق الصفقة عند تعدد الشفعاء من الطبقة الواحدة
- ٦٠٥ التزاحم فيما بين الجيران (الطبقة الخامسة) عند تعدد ...
- ٦٠٩ الحالة الثالثة - تزاحم الشفعاء مع المشتري وهو شفيع مثلهم :
- ٦٠٩ تزاحم المشتري مع شفعاء أدنى منه طبقة : ...
- ٦١٠ يفضل المشتري من باب أولى على الشفعاء الأدنى طبقة
- ٦١٢ تزاحم المشتري مع شفعاء من نفس طبقة : ...
- ٦١٢ انقسام كل من الفقه والقضاء قبل التقنين الملقى الجديد
- التقنين الملقى الجديد - يفضل المشتري على الشفعاء
- الذين هم من طبقة ...
- ٦١٦ تزاحم المشتري مع شفعاء أعلى منه طبقة :
- ٦١٧ يفضل للشفعاء الأعلى طبقة على الشفيع ...
- ٦١٧ لا يفضل على الجار المشتري الجار الشفيع ولو كانت
- للشفعة تمرد على هذا بمنفعة أكبر ...
- ٦١٩ لا يفضل صاحب الطبقة على الجار العادي إذا كان
- هذا مشترياً ...

المبحث الثاني - كيفية الأخذ بالشفعة ... ٦٢١

المطلب الأول - إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ... ٦٢١

- ٦٢٢ للشفعة بالتراضي ...
- ٦٢٣ للشفعة بالتقاضي : ...
- ٦٢٣ الإنذار الرسمى بوقوع البيع : ...
- افتتاح إجراءات الشفعة بالإنذار الرسمى يوجهه المشتري
- أو البائع إلى الشفيع ...
- ٦٢٥ الإنذار يجب أن يكون رسمياً على يد محضر ...
- ٦٢٥ البيانات التي يجب أن يشتمل عليها الإنذار ...
- ٦٢٧ إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة : ...
- ٦٢٨ إعلان الرغبة يوجه إلى كل من المشتري والبائع ...
- ٦٢٩ إعلان الرغبة يجب أن يكون رسمياً على يد محضر ...
- ٦٣١ إعلان الرغبة لإرادة منفردة صادرة من الشفيع ...
- ٦٣٢ الاستغناء عن إعلان الرغبة برفع دعوى الشفعة رأساً ...
- ٦٣٣ ميعاد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة : ...
- ٦٣٤ أولاً - إنذار الشفيع بوقوع البيع : ...
- ٦٣٤ خمسة عشر يوماً من تاريخ وصول الإنذار إلى الشفيع

صفحة

٦٣٤	لا يعتد بعلم الشفع بوقوع البيع
٦٣٧	حساب ميعاد الخمسة عشر يوماً
٦٣٩	زيادة ميعاد المسافة ..
٦٤٠	الميعاد ليس مدة تقادم بل مدة سقوط
٦٤١	ثانياً - لم ينتر الشفع ولكن سجل عقد البيع :
٦٤٢	أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع ..
٦٤٣	ميعاد الأربعة الأشهر ميعاد سقوط لاميعاد تقادم
٦٤٣	حساب ميعاد الأربعة الأشهر
	حالة أخرى لسقوط حق الشفعة طبقاً لجنة مجلس
٦٤٥	الشيوخ - ستة من وقت وضع المشتري يده
٦٤٦	ثالثاً - لم ينتر الشفع ولم يسجل عقد البيع :
	سقوط حق الشفع بالتقادم المسقط - خمس عشرة
٦٤٦	سنة ..
٦٤٦	تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة :
٦٤٧	تسجيل إعلان الأخذ بالشفعة يحمل هذا الإعلان حجة على الغير
٦٤٧	ليس هناك ميعاد لتسجيل الإعلان
	تسجيل الإعلان قبل صدور البيع الثاني يحمل البيع الأول
٦٤٧	جائزاً الأخذ فيه بالشفعة
	المطلب الثاني - إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة وصدور حكم
٦٤٨	بشوت الحق فيها
٦٤٨	١٥ - إيداع الثمن خزانة المحكمة ..
٦٥١	تطور التشريع في شأن إيداع الثمن :
	قانون الشفعة السابق - إظهار الشفع استمداًه للنفع الثمن
٦٥٢	والملاحقات
٦٥٣	المشروع التمهيدى للتقنين الملئ الجديد - إيداع الشفع ثلث الثمن
٦٥٤	المشروع النهائى للتقنين الملئ الجديد - إيداع الشفع كل الثمن
	المشروع أمام مجلس النواب - عريضة دعوى الشفعة تكون
٦٥٤	مصحوبة بكل الثمن
	التقنين الملئ الجديد - إيداع كل الثمن الحقيقى خزانة المحكمة
٦٥٤	قبل رفع دعوى الشفعة
٦٥٥	وقت إيداع الثمن ومكانه :
٦٥٥	المكان - خزانة المحكمة الكائن في دائرتها للمنفوع فيه

صفحة

٦٥٥ الوقت ثلاثون يوماً من وقت إعلان طلب الشفعة ...
٦٥٦ يجب أن يكون الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة ...
٦٥٧ ما الذي يجب إيداعه
٦٥٧ كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع
	إيداع الثمن المذكور في عقد البيع ثم إثبات أنه أكبر من
٦٥٨ الثمن الحقيقي ..
	إثبات البائع أو المشتري أن الثمن المذكور في عقد البيع أقل
٦٥٩ من الثمن الحقيقي
	إيداع الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ولو كان أقل من
٦٦٠ الثمن المذكور في عقد البيع
	يكفى مجرد الاستعداد لدفع الثمن وملحقاته إذا رفعت دعوى
٦٦٣ الشفعة في الوقت الذي كان قانون الشفعة السابق معمولاً به
	إيداع كل الثمن ولو كان مؤجلاً أو لم يدفع المشتري إلا جزءاً
٦٦٣ منه فقط :
٦٦٤ الشفع لا يستفيد من تأجيل الثمن أو تقسيطه بالنسبة إلى المشتري
٦٦٥ ملبقات الثمن :
٦٦٦ ليس واجباً إيداع ملبقات الثمن
٦٦٧ المصروفات الضرورية والنافعة والتعويض عن البناء والفراس :
٦٦٧ ليست واجبة الإيداع من باب أولى ..
٦٦٨ للجزاء على عدم إيداع الثمن في الميعاد القانوني :
٦٦٨ سقوط حق الشفع
	٢٨ - رفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها
٦٧١ الخصوم في دعوى الشفعة :
٦٧١ المدعى هو الشفع
٦٧١ المدعى عليه هو كل من المشتري والبائع
٦٧٤ المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة :
٦٧٤ الاختصاص المحل - المحكمة الكائن بدائرتها العقار المشفوع فيه
	الاختصاص النوعي - المحكمة الكلية أو المحكمة الجزئية تبعاً
٦٧٥ لمقدار الثمن المذكور في عقد البيع
٦٧٥ رفع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة
٦٧٧ رفع الدعوى وقيلها في الميعاد القانوني :
٦٧٧ الميعاد القانوني هو ثلاثون يوماً من يوم إعلان طلب الشفعة

- أعمال ثلاثة يجب أن تتم في هذا الميعاد : إيداع الثمن ورفع
 ٦٧٨ دعوى الشفعة وقيد الدعوى
 القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ المعدل لتقنين المرافعات :
 ٦٨٠ قيد الدعوى يسبق رفعها
 للجمع بين أحكام التقنين المدني والأحكام الجديدة في تقنين
 المرافعات
 ٦٨١ حساب ميعاد الثلاثين يوماً
 ٦٨٢ ميعاد الثلاثين يوماً ليس مدة تقادم بل مدة سقوط
 ٦٨٤ علم رفع الدعوى وقيدها في الميعاد القانوني يسقط حق الشفع
 ٦٨٤ الحكم في دعوى الشفعة على وجه السرعة :
 ٦٨٥ قبل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢
 القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ : دعوى الشفعة أصبحت
 ٦٨٦ كثيرها من الدعاوى مع توصية بسرعة الفصل فيها
 الخصوم في استئناف الحكم الصادر في دعوى الشفعة وفي الطعن
 فيه بالنقض :
 ٦٨٨ الاستئناف - لابد من خصوم ثلاثة هم الشفع والمشتري والبائع
 ٦٨٨ إعلان المشتري أو البائع في الميعاد القانوني وإعلان الآخر بعد
 فوات الميعاد
 ٦٩١ النقض - لابد من اختصاص الشفع والمشتري والبائع ...
 ٦٩٣ إعلان بعض المطعون عليهم في الميعاد القانوني وإعلان الآخرين
 بعد فوات الميعاد
 ٦٩٤ الحكم النهائي بثبوت الحق في الشفعة وتسجيله :
 ٦٩٥ الحكم هو سند ملكية الشفع
 رأي محكمة النقض من أن السند هو السبب القانوني المنشئ
 ٦٩٦ لحق الملكية
 ٦٩٦ تسجيل الحكم النهائي بثبوت الشفعة
 ٦٩٨ المبحث الثالث - آثار الأخذ بالشفعة
 ٧٠٠ المطلب الأول - انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفع ...
 ٧٠١ الشفعة بالتراضي أو بالتقاضي سبب لحلول الشفع محل المشتري
 ٧٠١ فانتقال الملكية إليه دون المشتري :
 التراضي أو التقاضي هو الدليل على أن الشفعة قد استكملت
 ٧٠٢ عناصرها

صفحة

متى استكملت الشفعة عناصرها فقد حل الشفع محل المشتري	
وانتقلت إليه الملكية ..	٧٠٢
متى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفع ومتى يحل الشفع	
محل المشتري ..	٧٠٣
لا خلاف في أن الملكية لا تنتقل إلى الشفع إلا بتسجيل سنده	٧٠٤
اختلاف الآراء في وقت حلول الشفع محل المشتري :	٧٠٥
وقت تمام البيع المشفوع فيه ..	٧٠٥
وقت إعلان طلب الشفعة ..	٧٠٦
وقت رفع دعوى الشفعة ..	٧٠٦
وقت صدور الحكم بثبوت الحق في الشفعة ..	٧٠٦
رأى محكمة النقض - وقت صدور الحكم بثبوت الحق في الشفعة	
لأن هذا الحكم منشئ لحق الشفع :	٧٠٧
بيع العقار المشفوع فيه من حق المشتري عن المدة السابقة	
على تاريخ هذا الحكم ..	٧٠٨
علم عدول محكمة النقض عن هذا المبدأ حتى بعد صدور التفتين	
للجديد ووجوب إيداع الشفع كل الثمن ..	٧٠٩
الحجج التي استندت إليها محكمة النقض في القول بأن الحكم	
بالشفعة منشئ لحق الشفع :	٧١١
الحجة الرئيسية أن الحكم سند ملكية الشفع أي السبب	
القانوني للملكية الشفع ..	٧١١
رد المحكمة على الاعتراضات التي وجهت إلى ما ذهبت إليه	
من رأى :	٧١٢
أولاً - تقييد حق المشتري في البناء والغراس وفي التصرفات	٧١٢
ثانياً - حلول الشفع محل المشتري في حقوقه والتزاماته	٧١٤
ثالثاً - رجوع الشفع مباشرة على البائع بضمان الاستحقاق	٧١٥
رابعاً - الحق في الشفعة مماثل للحق في الاسترداد ..	٧١٦
خامساً - الأحكام كاشفة عن الحقوق لا منشئة لها ..	٧١٦
سادساً - أحكام الفقه الإسلامي ..	٧١٦
سابعاً - إيداع الشفع لكل الثمن قبل رفع دعوى الشفعة	٧١٧
نظرة تقديرية للحجج التي استندت إليها محكمة النقض :	٧١٨
الرد على الحجة الرئيسية : لكلمة « السند » معنيان مختلفان	
ليست حجية الأمر المقضي أحدهما ..	٧١٩
« السند » بمعنى السبب القانوني المنشئ للحق ..	٧١٩

صفحة

٧٢٠	« السند » بمعنى الدليل المكتوب
٧٢٤	رجوع الشفع مباشرة على البائع بضمان الاستحقاق معناه
٧٢٤	أن المشتري قد اختفى من الصفقة منذ البداية وحل محله الشفع
٧٢٦	لا يختفى المشتري من الصفقة منذ البداية إلا إذا استبعدنا أن
٧٢٦	حكم الشفعة منشئ لا كاشف
٧٢٦	حكم الشفعة إذن كسائر الأحكام كاشف لا منشئ والسند هنا
٧٢٦	معناه الدليل المكتوب
٧٢٦	وحلول الشفع محل المشتري يكون منذ إبرام البيع لا منذ
٧٢٦	صنوع الحكم
٧٢٧	موقف الفقه الإسلامي من المسألة :
٧٢٨	في المذهب الحنفي خلاف ولكن أبا حنيفة يذهب إلى أن قضاء
٧٢٨	القاضي لا يكون منشئاً لحق الشفع
٧٢٨	في المذاهب الثلاثة الأخرى قضاء القاضي لا يكون منشئاً لحق
٧٣٠	الشفع
٧٣٠	حلول الشفع محل المشتري من وقت البيع هو الذي يتفق مع
٧٣٠	طبيعة الشفعة ومع الحلول العملية فيها :
٧٣١	التكييف القانوني لطبيعة الشفعة
٧٣١	الحلول العملية : رجوع الشفع مباشرة على البائع وحده
٧٣٢	بجميع التزامات البائع
٧٣٣	الأعمال التحضيرية
٧٣٦	المذكرة الإيضاحية
٧٣٧	الأهمية العملية لرأي محكمة النقض تكاد تكون محصورة في
٧٣٧	مسألة الثمار :
٧٣٧	الحلول العملية فيما عدا مسألة الثمار وردت فيها نصوص صريحة
٧٣٨	المطلب الثاني — علاقة الشفع بالبائع وبالمشتري وبالغير ...
٧٣٨	١٨ — علاقة الشفع بالبائع
٧٤٠	التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفع
٧٤٠	تسجيل سند الشفع
٧٤١	جواز تصرف الشفع في العقار المشفوع فيه
٧٤١	التزام البائع بتسليم العقار المبيع إلى الشفع — تبعة الهلاك
٧٤٢	قبل التسليم :
٧٤٣	سريان أحكام تسليم المبيع
٧٤٣	تبعة هلاك العقار قبل التسليم على البائع لا على الشفع ...

صفحة	
٧٤٥	التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق الشفيع :
٧٤٦	ضمان البائع لتعرضه
٧٤٨	ضمان البائع لتعرض الصادر من الغير
٧٤٩	ضمان الاستحقاق
٧٥١	التزام البائع بضمان العيوب الخفية للشفيع :
٧٥١	سريان أحكام التزام البائع بضمان العيوب الخفية للمشتري
٧٥٣	التزام الشفيع بدفع الثمن للبائع - الثمن المؤجل - النوائد :
٧٥٣	الثمن مودع خزانة المحكمة
	لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري إلا برضاء
٧٥٤	البائع
٧٥٥	استحقاق البائع لفوائد
٧٥٧	للمشتري ثمرات المبيع وعليه تكاليفه وذلك من وقت تمام البيع
٧٥٨	التزام الشفيع بتسليم العقار المبيع :
٧٥٨	سريان أحكام التزام المشتري بتسليم البيع
٧٥٨	نفقات التسليم على البائع ونفقات التسليم على الشفيع ...
٧٥٩	٢ § - علاقة الشفيع بالمشتري
	حق المشتري في استرداد الثمن من الشفيع واسترداد مصروفات
٧٦١	البيع :
	التزام الشفيع بدفع الثمن وفوائده للمشتري طبقاً لقواعد
٧٦٢	الإثراء بلا سبب - عدم الفسخ وحق التنفيذ والحق في الحبس
	استرداد المشتري من الشفيع مصروفات البيع طبقاً لقواعد
٧٦٣	الإثراء بلا سبب - حق التنفيذ والحق في الحبس
	حق المشتري في التعويض عن المصروفات الضرورية والمصروفات
٧٦٣	النافعة :
٧٦٤	استرداد المشتري المصروفات الضرورية بأكلها من الشفيع
٧٦٤	سريان أحكام الالتصاق على المصروفات النافعة :
٧٦٥	حق المشتري في التعويض عن البناء والغراس :
٧٦٦	قبل إعلان طلب الشفعة
٧٦٧	بعد إعلان طلب الشفعة
٧٦٧	حق الشفيع في تسلم العقار المبيع من المشتري - تبعة الهلاك :
٧٦٧	سريان أحكام تسليم البائع للعقار المبيع
٧٦٨	على من تقع تبعة الهلاك :
٧٦٨	الرأي السائد في الفقه أن تبعة الهلاك على المشتري

صفحة

- ٧٦٨ ... ما يؤخذ على هذا الرأي ...
الأولى اعتبار المشتري حائزاً حسن النية قبل إعلانه بطلب
الشفعة وسمى النية بعد إعلانه بهذا الطلب ٧٦٩
٧٧٠ ... حق الشفع في استرداد ثمار العقار المبيع من المشتري : ...
رأى محكمة النقض - استحقاق الشفع للثمار من وقت
تسجيل سنده ٧٧١
الرأي المخالف - المشتري حائز حسن النية إلى وقت إعلانه
بطلب الشفعة فيتملك الثمار وحائز سمي النية بعد ذلك فيرد
الثمار للشفع - اعتبار ان ينهضان بهذا الرأي ٧٧٢
٣٨ - علاقة الشفع بالغير ٧٧٥
الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب
البائع قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة : ... ٧٧٦
سريان هذه الحقوق التي شهرت قبل تسجيل إعلان طلب
الشفعة في حق الشفع ٧٧٦
الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب
البائع بعد تسجيل إعلان طلب الشفعة : ... ٧٧٧
عدم سريان هذه الحقوق التي لم تشهر إلا بعد تسجيل إعلان
طلب الشفعة في حق الشفع ٧٧٨
الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب
المشتري قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة : ... ٧٧٩
سريان هذه الحقوق التي شهرت قبل تسجيل إعلان طلب
الشفعة في حق الشفع ٧٧٩
الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب
المشتري بعد تسجيل إعلان طلب الشفعة : ... ٧٨١
عدم سريان هذه الحقوق التي لم تشهر إلا بعد تسجيل إعلان
طلب الشفعة في حق الشفع ٧٨١

الفصل الرابع

الحيازة

تمهيد

- ٧٨٢ ... التعريف بالحيازة وتكييفها القانوني ...
٧٨٢ ... التعريف بالحيازة : ...
٧٨٤ ... حيازة حق الملكية - حيازة الحقوق الأخرى ...

صفحة	
٧٨٥	التكليف القانوني للحيازة :
	الحيازة ليست بحق عيني ولا بحق شخصي بل هي ليست بحق
٧٨٥	أصلاً
	الحيازة سبب لكسب الحق : واقع مادية بسيطة من شأنها
٧٨٥	أن تحدث آثاراً قانونية
٧٨٦	تطور الحيازة لتتطبق على جميع الحقوق
٧٨٦	الحيازة في القانون الروماني - الحيازة وشبه الحيازة
٧٨٦	بقاء هذا التمييز في القانون الفرنسي القديم
٧٨٧	تطور الحيازة في التقنين المدني الفرنسي :
٧٨٧	القضاء على هذا التمييز
	أموال غير خاضعة للحيازة : الحقوق الشخصية والأموال
٧٨٧	للأمة والمجموع من المال
٧٨٨	تطور الحيازة في التقنينات الحرمانية :
٧٨٨	تأثير هذه التقنينات بالنظرية المادية للحيازة
٧٨٨	مد الحيازة لتشمل الحقوق الشخصية
٧٨٩	ما استحدثه التقنين المدني الجديد في موضوع الحيازة : ...
٧٨٩	إيراد الأحكام العامة للحيازة في نصوص مستحدثة
٧٨٩	وضع الحيازة في مكانها بين أسباب كسب الملكية
٧٨٩	تقسيم الموضوع :
٧٨٩	الفرع الأول - الحيازة بوجه عام
٧٨٩	الفرع الثاني - الحيازة باعتبارها سبباً لكسب الملكية ...
٧٨٩	الفرع الأول - الحيازة بوجه عام
٧٩١	المبحث الأول - كسب الحيازة وانتقالها وزوالها
	المطلب الأول - كسب الحيازة - الحيازة بحسن نية والحيازة
٧٩١	بسوء نية
٧٩١	§ ١ - عناصر الحيازة
٧٩١	(١) - العنصر المادي - السيطرة المادية
٧٩٢	كيف تتحقق السيطرة المادية ابتداء :
٧٩٢	عدم انتقال السيطرة المادية من الغير
	لا يمكن التمكن من الاستحواذ بل لا بد من
٧٩٣	الاستحواذ بالفعل
٧٩٣	كيف تتحقق السيطرة المادية انتقالاً من الغير : ...

صفحة

٧٩٣	انتقال السيطرة المادية من شخص إلى آخر ..
٧٩٣	يكنى الممكن من الاستحواذ
٧٩٤	السيطرة المادية بواسطة الغير :
٧٩٥	الوسيط ليس بحائز
٧٩٥	أمثلة على مباشرة السيطرة المادية بالوساطة . . .
٧٩٧	الوسيط والحائز العرضي
٧٩٧	السيطرة المادية بواسطة الغير لا تفترض . . .
٧٩٨	السيطرة المادية على الشيوع :
	الحائز على الشيوع يقصد استعمال الحق شائعاً مع غيره
٧٩٩	لا خالصاً لنفسه
	الحيازة على الشيوع لا تنتج من الآثار إلا ما يتفق
٧٩٩	مع هذا الشيوع
٨٠١	حيازة شخصين لشيء واحد
٨٠١	استبقاء السيطرة المادية
	استبقاء السيطرة المادية على المتقول ما دام المتقول
٨٠١	باقياً في حوزة الشخص
	استبقاء السيطرة المادية على العقار حتى لو انقطع
	الشخص عن استعمال العقار ما دام محتفظاً
٨٠١	بالعنصر المعنوي
	السيطرة المادية بالوساطة تبقى حتى لو تجرد للوسيط
	عن الحيازة ما دام أجنبي لم يستول على السيطرة
٨٠٢	المادية
	تبقى الحيازة مع فقد عنصرها ما دام النائب عن الحائز
٨٠٢	ناب عنه في استبقاء العنصرين في وقت معقول . . .
٨٠٣	(ب) العنصر المعنوي - القصد
٨٠٣	كيف يتحقق عنصر القصد
٨٠٣	النظرية الشخصية في عنصر القصد :
٨٠٣	قصد الحائز استعمال الحق لحساب نفسه
٨٠٤	وجوب توافر عنصر القصد في القانون الفرنسي القديم
	انتقال عنصر القصد من القانون الفرنسي القديم إلى التتبعين
٨٠٥	الملق للفرنسي
٨٠٥	اشتهار النظرية الشخصية تحت اسم سابق

صفحة

النظرية المادية في عنصر القصد :	٨٠٦
القصد هو نية الحائز القيام بالأعمال المادية لتحقيق سيطرته	٨٠٦
فالأعمال المادية لتحقيق السيطرة يجب أن تكون أعمالاً	
إرادية قصدية	٨٠٦
الحائز لحساب غيره يعتبر حائزاً إذا لم يكن مجرد تابع	
وكان يتمتع بشيء من حرية التصرف	٨٠٧
خاية الحائز لحساب غيره بدعاوى الحيازة حيث لا تحمي	
النظرية الشخصية	٨٠٧
اشتهار النظرية المادية تحت اسم إهرنج	٨٠٧
موقف التقنين المدني المصري الجديد من النظريتين الشخصية	
والمادية	٨٠٨
المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد :	٨٠٩
أخذ مبدئياً بالنظرية الشخصية	٨٠٩
ولكنه استعار من النظرية المادية أهم نتائجها - مد	
الحيازة إلى الحقوق الشخصية	٨١١
التقنين المدني الجديد :	٨١٢
أخذ مبدئياً بالنظرية الشخصية فأوجب توافر العنصر	
المعنوى	٨١٢
مد الحيازة إلى الحقوق الشخصية متأثراً بالنظرية المادية	٨١٤
ميز بين مجرد الإحراز كما في إحراز التابع . وبين	
الحيازة ولو لحساب الغير	٨١٤
حتى حيازة المستأجر بدعاوى الحيازة متأثراً بالنظرية	
المادية	٨١٥
ولو أن التقنين المدني الجديد أخذ من حيث المبدأ	
بالنظرية الشخصية إلا أنه تأثر كثيراً بالنظرية	
المادية	٨١٥
انتفاء عنصر القصد في إتيان الرخصة من المباحات وفي أعمال	
التسامح ,	٨١٦
إتيان الرخصة من المباحات :	٨١٦
مجرد رخصة فلا يتوافر فيها عناصر الحيازة	٨١٧
أمثلة على إتيان الرخصة - فتح منور وفتح مطل	
مستوف لقيود المسافة	٨١٧
الرخصة لا تسقط بالتقادم	٨١٩

- أعمال التسامح ٨٢٠ ...
أعمال التسامح يتوافر فيها العنصر المادى ولكن
- لا يتوافر فيها العنصر المعنوى... ٨٢٠ ...
أمثلة على أعمال التسامح - مرور على سبيل التسامح
- ٨٢١ ...
افتح مظل على أرض قضاء على سبيل التسامح...
انقلاب إتيان الرخصة أو أعمال التسامح إلى أعمال
- ٨٢٣ ...
حيازة صحيحة ...
عنصر القصد يجب أن يوجد عند الحائز شخصياً فلا تجوز
- ٨٢٣ ...
النيابة فيه : ...
عنصر القصد بخلاف العنصر المادى لا تجوز مباشرته
- ٨٢٤ ...
بالواسطة ...
ولكن إذا كان الحائز عديم التمييز جاز أن يكون عنصر
- ٨٢٥ ...
القصد موجوداً عند نائبه ...
الحيازة العرضية أو الحيازة لحساب الغير : ... ٨٢٥
- الفريق الأول - الحائز العرضى الذى ينزل من الحائز
- ٨٢٦ ...
الأصل منزلة التابع من المتبوع ...
الفريق الثانى - الحائز العرضى الذى يجوز لحساب غيره
- ٨٢٧ ...
ولكن لا يعتبر تابعاً بل يبقى له شئ من حرية التصرف
- ٨٢٩ ...
أحكام الحيازة العرضية : ...
الحيازة العرضية لا تحمى بدعاوى الحيازة فيما عدا دعوى
- ٨٣٠ ...
استرداد الحيازة ...
- ٨٣٠ ...
الحيازة العرضية لا تكسب ملكية العين بالتقادم..
تنتقل الحيازة العرضية دون أن تتغير صفاتها من المورث
- ٨٣٢ ...
إلى الوارث ...
الحيازة العرضية لا تفترض بل يفترض فى الحائز أنه يجوز
- ٨٣٣ ...
لحساب نفسه حيازة أصيلة ...
الحيازة العرضية لا تفترض بل يفترض فى الحائز لحساب
- ٨٣٣ ...
نفسه حيازة أصيلة ...
- ٨٣٤ ...
تغير صفة الحيازة العرضية وتحولها إلى حيازة أصيلة : ...
فعل يصدر من الغير - تصرف قانونى ناقل للملكية
- ٨٣٦ ...
يتلقاه الحائز العرضى من الغير
- ٨٣٨ ...
فعل يصدر من الحائز العرضى يعارض به حق المالك ...

صفحة

§ ٢ - عيوب الحيابة ٨٤٠

العيب الأول - عدم الاستمرار أو التقطع ٨٤٢

معنى عدم استمرار الحيابة أو تقطعها. ٨٤٢

انتظام الاستعمال يختلف باختلاف طبيعة الشيء. ٨٤٣

عدم الاستمرار وغير ذلك من عيوب الحيابة من مسائل الواقع

التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض ٨٤٤

عيب عدم الاستمرار عيب مطلق لكل ذى مصلحة أن يتمسك

به - زوال هذا العيب ٨٤٥

التمييز بين عدم استمرار الحيابة أو تقطعها وبين انقطاع

التقادم ٨٤٦

العيب الثانى - الخفاء أو عدم العلانية ٨٤٨

معنى الخفاء أو عدم العلانية ٨٤٨

عيب الخفاء أو عدم العلانية عيب نسبى لا يكون له أثر إلا

قبل من أخفيت عنه الحيابة ٨٥٠

زوال عيب الخفاء بظهور الحيابة ٨٥١

العيب الثالث - الإكراه أو عدم الهدوء ٨٥٢

معنى الإكراه أو عدم الهدوء ٨٥٢

عيب الإكراه أو عدم الهدوء عيب نسبى لا يكون له أثر إلا

قبل من وقع عليه الإكراه ٨٥٤

زوال عيب الإكراه بانقطاع الإكراه ٨٥٥

العيب الرابع - الغموض أو اللبس ٨٥٦

معنى الغموض أو اللبس ٨٥٦

عيب الغموض أو اللبس عيب نسبى لا يكون له أثر إلا قبل

من اللبس عليه الأمر ٨٥٩

زوال عيب الغموض بانتفاء اللبس ٨٦٠

§ ٣ - الحيابة بحسن نية والحيابة بسوء نية ٨٦١

أهمية التمييز بين حسن النية وسوء النية فى الحيابة. ٨٦٣

مى يعتبر الحائز حسن النية ٨٦٤

حسن النية يفترض دائماً ٨٦٦

مى يعتبر الحائز سوء النية ٨٦٧

إثبات سوء النية فى الحيابة ٨٦٩

مى يعتبر الحائز سوء النية ولو كان يعتقد أن له حقاً فى الحيابة ٨٧٠

صفحة

احتفاظ الحيازة بصفقتها حتى يقوم الدليل على العكس...	٨٧٢
صفة الحيازة بعد انتقالها إلى خلف عام أو إلى خلف خاص...	٨٧٣
المطلب الثاني — انتقال الحيازة وزوالها	٨٧٣
§ ١ — انتقال الحيازة	٨٧٣
تحديد معنى انتقال الحيازة من حائز إلى حائز آخر	٨٧٦
(أ) انتقال الحيازة إلى خلف عام	٨٧٧
كيف تنتقل الحيازة إلى خلف عام	٨٧٧
بأية صفة تنتقل الحيازة إلى الخلف العام	٨٧٨
ضم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف العام	٨٨١
(ب) انتقال الحيازة إلى خلف خاص	٨٨٣
كيف تنتقل الحيازة إلى خلف خاص	٨٨٣
انتقال الحيازة انتقالاً مادياً بالتسليم القملي	٨٨٤
انتقال الحيازة انتقالاً معنوياً بالتسليم الحكيم	٨٨٦
انتقال الحيازة انتقالاً رمزياً عن طريق التمكين	٨٨٨
صفات الحيازة بعد انتقالها إلى الخلف الخاص	٨٩٠
ضم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف الخاص	٨٩٣
§ ٢ — زوال الحيازة	٨٩٧
زوال الحيازة بفقد عنصرها المادى والمعنوى	٨٩٨
زوال الحيازة بفقد عنصرها المادى وحده	٨٩٩
زوال الحيازة بفقد عنصرها المعنوى وحده	٩٠٢
المبحث الثاني — حماية الحيازة في ذاتها والعلاقة بين الحيازة والملكية	٩٠٣
المطلب الثاني — حماية الحيازة في ذاتها — دعاوى الحيازة الثلاث	٩٠٣
خصائص دعاوى الحيازة :	٩٠٣
أولاً — دعاوى الحيازة تحمى الحيازة في ذاتها	٩٠٤
ثانياً — دعاوى الحيازة تحمى حيازة العقار دون حيازة المنقول	٩٠٤
ثالثاً — دعاوى الحيازة تحمل طابع الاستعجال	٩٠٦
الأصل التاويخي لدعاوى الحيازة	٩٠٨
التمييز بين دعاوى الحيازة الثلاث ومكانها في التشريع المصرى	٩٠٩
§ ١ — دعوى استرداد الحيازة	٩١٠
المدعى في دعوى استرداد الحيازة	٩١٣
المدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة	٩١٦

صفحة

٩١٨	المدة التي ترفع في خلالها دعوى استرداد الحيازة
٩٢٠	ما يحكم به في دعوى استرداد الحيازة - أحوال أربع
٩٢٠	الحالة الأولى - حيازة المدعى دامت مدة لا تقل عن سنة
		الحالة الثانية - حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولكن الحيازة
٩٢١	انتزعت بالقوة
		الحالة الثالثة - حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولم تنتزع
		بالقوة ولكن المدعى عليه لا يستند إلى حيازة أحق
٩٢٢	بالتفضيل
		الحالة الرابعة - حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولم تنتزع
		بالقوة ولكن المدعى عليه يستند إلى حيازة أحق
٩٢٣	بالتفضيل
٩٢٤	التكييف القانوني لدعوى استرداد الحيازة
٩٢٦	§ ٢ - دعوى منع التعرض
٩٢٧	المدعى في دعوى منع التعرض
٩٣١	المدعى عليه في دعوى منع التعرض
٩٣١	تحديد معنى التعرض الصادر من المدعى عليه
٩٣٤	التعرض المادي والتعرض القائم على تصرف قانوني
٩٣٥	التعرض الناجم عن الأشغال العامة
٩٣٦	التعرض الناشئ عن أشغال خاصة رخصت فيها الإدارة
		عدم جواز الالتجاء لدعوى منع التعرض لتنفيذ عقد يربط ما
٩٣٧	بين المدعى والمدعى عليه
٩٣٨	رفع دعوى منع التعرض على المتعرض نفسه وعلى الغير
٩٣٩	المدة التي ترفع في خلالها دعوى منع التعرض
٩٤١	ما يحكم به في دعوى منع التعرض
٩٤٣	§ ٣ - دعوى وقف الأعمال الجديدة
٩٤٤	المدعى في دعوى وقف الأعمال الجديدة
٩٤٥	المدعى عليه في دعوى وقف الأعمال الجديدة
٩٤٧	المدة التي ترفع في خلالها دعوى وقف الأعمال الجديدة
٩٤٧	ما يحكم به في دعوى وقف الأعمال الجديدة
٩٥٠	المطلب الثاني - العلاقة بين الحيازة والملكية
٩٥٠	§ ١ - دعوى الحيازة ودعوى الملكية
٩٥٠	المقابلة ما بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية

صفحة

٩٥١	إثبات الحيازة
٩٥٣	إثبات الملكية
٩٥٦	عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية :
٩٥٧	القاعدة تلزم المدعى
٩٦١	القاعدة تلزم المدعى عليه
٩٦٣	القاعدة تلزم القاضى...
٩٦٨	عدم حجية الحكم الصادر فى دعوى الحيازة بالنسبة إلى دعوى الملكية..
٩٦٨	§ ٢ — العلاقة ما بين الحائز والمالك
٩٦٨	ظهور أن الحائز غير مالك.
٩٦٩	(١) استرداد المصروفات
٩٧١	المصروفات الضرورية ترد بأكملها
٩٧٢	المصروفات النافعة تسرى فى شأنها أحكام الالتصاق..
٩٧٣	المصروفات الكالية لا ترد
٩٧٤	رد المصروفات إلى خلف الحائز...
٩٧٤	التيسير على المالك فى الوفاء بما يجب عليه رده من المصروفات
٩٧٦	(ب) مسئولية الحائز عن هلاك العين أو تلفها
٩٧٨	مسئولية الحائز حسن النية
٩٨٠	مسئولية الحائز سوء النية
٩٨٣	الفرع الثانى — الحيازة باعتبارها سبباً لكسب المالكية
٩٨٣	متى تكون الحيازة سبباً لكسب الملكية
٩٨٣	التمييز بين الحيازة بسوء نية والحيازة بحسن نية...
٩٨٤	المبحث الأول — الحيازة بسوء نية باعتبارها سبباً لكسب المالكية —
٩٨٤	التقادم المكسب الطويل
٩٨٤	التقادم المكسب والتقادم المقسط والفرق بينهما..
٩٨٥	القواعد المشتركة فيما بين التقادم المكسب والتقادم المقسط
٩٨٧	الاعتبارات العملية التى قام عليها التقادم المكسب
٩٨٩	لمحة تاريخية
٩٩٢	تقسيم الموضوع : كيف يتحقق التقادم المكسب الطويل — أعمال
٩٩٢	التقادم المكسب والآثار التى تترتب عليه
٩٩٢	المطلب الأول — كيف يتحقق التقادم المكسب الطويل
٩٩٢	§ ١ — الحقوق التى يمكن كسبها بالتقادم المكسب الطويل

صفحة

الحقوق المبنية وحدها دون الحقوق الشخصية هي التي يمكن	
تملكها بالتقادم	٩٩٤
وجوب أن يكون الحق المبنى قابلا للتعامل فيه وقابلا للحيازة :	٩٩٦
الأموال العامة (الدوين العام)	٩٩٨
الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الشخص العام (الدومين	
الخاص)	٩٩٩
الوقف	١٠٠٢
حق الإرث	١٠٠٧
مخضوع الحق للذي يكسب بالتقادم لحيازة مستوفية لتعريضها	
وخالية من العيوب	١٠١٠
٢ § - مدة التقادم المكسب الطويل	١٠١٢
مقدار مدة التقادم المكسب الطويل خمس عشرة سنة ولا يجوز	
الاتفاق على تعديلها	١٠١٣
كيفية حساب مدة التقادم	١٠١٥
بده سريان مدة التقادم :	١٠١٧
بالنسبة إلى الحقوق المعلقة على شرط واقف أو المقترنة	
بأجل واقف	١٠١٧
بالنسبة إلى الحقوق الاحتمالية	١٠١٩
التقريئة على قيام الحيازة ما بين بده مدة التقادم ونهايتها ..	١٠٢٠
ضم المدد في حالة تعاقب الحائزين	١٠٢٤
٣ § - وقف التقادم المكسب وانقطاعه ..	١٠٢٧
١ - وقف التقادم المكسب :	١٠٢٧
يقف التقادم المكسب أيا كانت مدته متى وجد سبب لوقفه ...	١٠٢٧
القاعدة العامة في وقت التقادم - القاعدة التقليدية وتقضي	
بوقف التقادم حيث يتعذر قطع سريانه	١٠٢٨
موقفه الفقه الفرنسي والقضاء الفرنسي من القاعدة التقليدية :	١٠٢٩
موقف لفقه الفرنسي	١٠٣٠
موقف للقضاء الفرنسي	١٠٣١
موقف التقنين المدني المصري الجديد من القاعدة التقليدية ...	١٠٣٢
أسباب وقف التقادم التي تتعلق بالشخص	١٠٣٥
أسباب وقف التقادم التي ترجع إلى ظروف مادية اضطرارية	١٠٣٧
الأثر الذي يترتب على وقف التقادم ..	١٠٣٨

١٠٣٩	ب - انقطاع التقادم المكسب
١٠٣٩	أنساب انقطاع التقادم المكسب
١٠٤٠	السبب الأول لانقطاع التقادم المكسب - المطالبة القضائية :
١٠٤٤	رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة
١٠٤٤	بطلان صحيفة الدعوى وترك الخصومة وسقوطها ورفض
١٠٤٦	الدعوى
١٠٤٨	ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب بالمطالبة القضائية
١٠٤٨	السبب الثاني لانقطاع التقادم المكسب - إقرار الحائز بحق
١٠٥٠	المالك
١٠٥٢	الإقرار الصريح والإقرار الضمني
١٠٥٣	إثبات الإقرار
١٠٥٣	ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب بإقرار الحائز بحق
١٠٥٣	المالك
١٠٥٣	السبب الثالث لانقطاع التقادم المكسب - تخل الحائز عن
١٠٥٤	الحيازة أو فقد إياها :
١٠٥٥	انفراد التقادم المكسب دون التقادم المسقط بهذا السبب
١٠٥٦	زوال الحيازة بالتخل عنها أو بفقد عنصرها أو أحدهما
١٠٥٦	انقطاع التقادم لهذا السبب له أثر مطلق فيستفيد منه كل
١٠٥٧	فى مصلحة
١٠٥٧	ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب بتخل الحائز عن
١٠٥٧	الحيازة أو فقد إياها
١٠٥٩	المطلب الثاني - أعمال التقادم المكسب والآثار التي تترتب عليه
١٠٥٩	§ ١ - أعمال التقادم المكسب - التمسك به والنزول عنه
١٠٥٩	١ - وجوب التمسك بالتقادم المكسب والنفذ بالتقادم ..
١٠٥٩	قواعد التقادم المسقط وسريانها على التقادم المكسب
١٠٥٩	لاتنقض المحكمة بالتقادم المكسب من تلقاء نفسها بل لا بد من
١٠٦٠	التمسك به
١٠٦٢	يتمسك بالتقادم المكسب الحائز وكل فى مصلحة
١٠٦٣	يجوز التمسك بالتقادم المكسب فى أية حالة كانت عليها الدعوى
١٠٦٤	ب - النزول عن التقادم المكسب
١٠٦٤	قواعد التقادم المسقط وسريانها على التقادم المكسب
١٠٦٤	علم جواز النزول عن التقادم المكسب مقلماً قبل ثبوت
١٠٦٥	الحق فيه

صفحة

١٠٦٦	جواز النزول عن التقادم المكسب بعد ثبوت الحق فيه ...
١٠٧٠	جواز النزول عن المدة التي انقضت في تقادم مكسب لم يكتمل
١٠٧٠	§ ٢ - الآثار التي تترتب على التقادم المكسب ...
١٠٧٠	التقادم المكسب سبب لكسب الملكية : ...
١٠٧٠	التقادم المكسب ليس مجرد قرينة بل هو سبب مباشر لكسب الملكية ...
١٠٧٠	الحائز يكسب الملكية بالتقادم عن طريق الدفع أو عن طريق الدعوى ...
١٠٧٢	التقادم المكسب يكسب الملكية بأثر رجعي : ...
١٠٧٣	الحائز الذي يملك العين بالتقادم لا يرد ثمارها حتى لو لم يكسبها بالقبض أو بالتقادم ..
١٠٧٣	ما يرتبه المالك في خلال مدة التقادم من حقوق عينية لا يسرى في حق الحائز .
١٠٧٤	ما يرتبه الحائز في خلال مدة التقادم من حقوق عينية يصبح نافذاً باتاً ...
١٠٧٥	تخلف التزام طيبي عن التقادم المكسب ..
١٠٧٦	آثار هذا الالتزام الطيبي ...
١٠٧٦	المبحث الثاني - الحيازة بحسن نية باعتبارها سبباً لكسب الملكية
١٠٧٧	المطلب الأول - كسب ملكية العقار - التقادم المكسب القصير ...
١٠٧٧	القواعد التي يشترك فيها التقادم المكسب القصير مع التقادم المكسب الطويل ...
١٠٨٠	القواعد التي ينفرد بها التقادم المكسب القصير ...
١٠٨٣	§ ١ - السبب الصحيح ...
١٠٨٤	تحديد معنى السبب الصحيح : ...
١٠٨٤	تصرف قانوني ناقل للملكية صادر من غير مالك ...
١٠٨٤	تصرف قانوني ناقل أو منشئ لحق عيني قابل لأن يكسب التقادم إذا صدر من غير صاحب هذا الحق ..
١٠٨٧	سند المتصرف الذي استند إليه في تصرفه للحائز لا أهمية له ...
١٠٨٨	ما يعتبر سبباً صحيحاً ...
١٠٨٨	عقد البيع ...
١٠٨٩	عقد المقايضة ..
١٠٨٩	عقد الهبة ...

صفحة

١٠٨٩	... الوصية بمقار معين بالذات ...
١٠٨٩	... رسو مزاد المقار المحجوز عليه ...
١٠٩٠	... الوفاء بمقابل ...
١٠٩٠	... تقديم الشريك عقاراً حصة له في الشركة ...
١٠٩١	... مالا يعتبر سبباً صحيحاً : ...
١٠٩١	... الميراث في عقار معين بالذات ...
	الإيجار والعارية والحراسة والوديعة والوكالة وغيرها من
١٠٩٢	... العقود التي لا تنقل الملكية ...
١٠٩٢	... القسمة الاختيارية ...
١٠٩٣	... الصلح ...
١٠٩٣	... الحكم القضائي ...
١٠٩٤	... قروض مختلفة في السبب الصحيح : ...
١٠٩٥	... التصرف القانوني الباطل ...
١٠٩٧	... التصرف القانوني القابل للإبطال ...
١٠٩٨	... التصرف القانوني المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ ...
١١٠٠	... التصرف القانوني الظني ...
١١٠١	... التصرف القانوني غير المسجل ...
	السبب الصحيح شرط مستقل عن حسن النية ويقع عبء إثباته
١١٠٤	... على الخائز
١١٠٥	٢+ - حسن النية ...
١١٠٥	... تحديد معنى حسن النية : ...
١١٠٥	... الخائز يعتقد أنه يتلقى الملكية من المالك أو الحق من صاحبه ...
١١٠٦	... الغلط في الواقع والغلط في القانون
١١٠٧	... علم الخائز بعيوب سند المتصرف ينفي حسن النية : ...
	علم الخائز بأن سند المتصرف باطل أو قابل للإبطال أو قابل
١١٠٧	... لفسخ
	علم الخائز بأن سند المتصرف معلق على شرط فاسخ أو على
١١٠٨	... شرط واقف
١١٠٨	... علم الخائز بعيوب السبب الصحيح لا ينفي حسن النية : ...
١١٠٨	... كون السبب الصحيح صادراً من غير مالك يجب ألا يعلم به الخائز
	التصرف الذي لا وجود له كالتصرف الباطل والتصرف الظني
١١٠٨	... والتصرف الصوري ينعدم معه السبب الصحيح ...
١١٠٨	... علم الخائز بالعيوب الأخرى لا ينفي حسن النية ...

صفحة

- ٦١٠٨ ... الوقت الذي يجب أن يتوافر فيه حسن النية : ...
 الوقت الذي يتلقى فيه الحائز الحق من غير صاحبه - وقت
 تسجيل البيع
 ٦١١٠ ... لا يشترط بقاء حسن النية بعد هذا الوقت ...
 ٦١١١ ... لا يشترط بقاء حسن النية وقت الحيازة ...
 ٦١١٢ ... إثبات حسن النية : ...
 ٦١١٣ ... حسن النية مفترض حتى يقوم الدليل على العكس ...
 ٦١١٣ ... للمالك الحقيقي أن يثبت سوء نية الحائز بجميع طرق الإثبات

المطلب الثاني - كسب ملكية المنقول - الحيازة في المنقول سند

- ٦١١٤ ... الملكية
 تمكن المنقول بالحيازة أمر يقتضيه سرعة التعامل في المنقول
 واستقراره ...
 ٦١١٦ ... الأصل التاريخي لقاعدة كسب المنقول بالحيازة ...
 ٦١١٧ ... القانون الروماني لا يعرف هذه القاعدة ...
 القانون الفرنسي للقديم في عهده الأول متأثر بالتقاليد
 الجرمانية وعرف هذه القاعدة ...
 ٦١١٨ ... القانون الفرنسي القديم منذ القرن الثالث عشر بدأ يتأثر بالقانون
 الروماني ولا يعمل بالقاعدة ..
 ٦١١٨ ... رجع القانون الفرنسي القديم إلى التقاليد الجرمانية بعد خمسة
 قرون أي في القرن الثامن عشر ...
 ٦١١٩ ... حيازة المنقول لما دوران - طريق للإثبات وطريق لكسب الملكية
 ١١٢١ ... الدور الأول - حيازة المنقول طريق للإثبات : ...
 ١١٢١ ... النزاع بين حائز المنقول ومالكه الذي نقل حيازته ...
 ٦١٢٢ ... تمسك الحائز بالحيازة قرينة على أن الملكية انتقلت إليه
 على مدعى الاستحقاق أن يثبت عدم توافر شروط الحيازة
 ٦١٢٢ ... ثم يثبت ملكيته ...
 ٦١٢٥ ... الدور الثاني - حيازة المنقول سبب لكسب الملكية : ...
 ١١٢٥ ... النزاع بين حائز المنقول وغير المالك ...
 ١١٢٥ ... الحائز حسن النية
 ١١٢٥ ... المنقول غير مسروق وغير ضائع ...
 § ١ - القاعدة العامة - الحيازة في المنقول سند الملكية ١١٢٦
 ١ - الشروط الواجب توافرها لتطبيق القاعدة : ... ١١٢٦

صفحة

الشرط الأول - المنقول الذى تنطبق عليه القاعدة :	١١٢٦
المنقول المادى يخضع للقاعدة	١١٢٦
المقار بطبيعته والمقار بالتخصيص لا يخضعان للقاعدة	١١٢٨
الحقوق الشخصية لا تخضع للقاعدة	١١٢٩
السند لحامله يخضع للقاعدة	١١٣٠
الحقوق المعينة على المنقول تخضع للقاعدة	١١٣١
الشرط الثانى - الحيازة :	١١٣٢
يجب أن تكون الحيازة حيازة حقيقية	١١٣٣
ويجب أن تكون الحيازة حيازة أصيلة	١١٣٤
ويجب أن تكون الحيازة خالية من العيوب	١١٣٥
الشرط الثالث - السبب الصحيح :	١١٣٥
السبب الصحيح فى التقنين المدنى المصرى شرط مستقل عن	
شرط حسن النية ..	١١٣٦
السبب الصحيح فى تملك المنقول بالحيازة كالسبب الصحيح	
فى التقادم المكسب القصير فيما عدا أمرين ..	١١٣٧
الأمران اللذان يختلف فيهما السبب الصحيح فى تملك المنقول	
بالحيازة عن السبب الصحيح فى التقادم المكسب القصير :	١١٣٨
لا يسجل السبب الصحيح فى تملك المنقول بالحيازة	١١٣٨
السبب الصحيح يفترض وجوده فى تملك المنقول	
بالحيازة	١١٣٨
الشرط الرابع - حسن النية :	١١٣٩
معنى حسن النية هنا هو معناه فى التقادم المكسب القصير	١١٣٩
الوقت الذى يجب أن يتوافر فيه حسن النية هو وقت	
حيازة المنقول لا وقت تلقى الحق	١١٤٠
حسن النية يفترض دائماً ما لم يقر الدليل على العكس	١١٤٢
ب- الآثار التى تترتب على تطبيق القاعدة :	١١٤٣
الآثر المكسب والآثر المسقط	١١٤٣
الآثر المكسب :	١١٤٣
تملك المنقول بالحيازة يحول دون دعوى الاستحقاق	١١٤٤
تملك المنقول بالحيازة يحول دون دعوى الإبطال أو الفسخ	١١٤٤
تملك المنقول بالحيازة لا يحول دون الدعوى الشخصية	
الناشئة من عيوب السبب الصحيح	١١٤٤
الأساس القانونى الذى يقوم عليه الآثر المكسب :	١١٤٥

صفحة	
١١٤٥	نظرية التقادم الفوري
١١٤٦	نظرية القرينة القانونية غير القابلة لإثبات العكس النظرية الصحيحة - الحيابة وحدها تكسب حائز
١١٤٩	المنقول ملكيته بحكم القانون
١١٥١	الأثر المسقط :
١١٥١	إسقاط التكاليف والقيود العينية التي تنقل المنقول : . . .
١١٥١	إسقاط رهن الحيابة
١١٥٢	إسقاط حق الانتفاع ^٥
	إسقاط الرهن الرسمى المثلل لعقار بالتخصيص أصبح
١١٥٢	منقولا بفصله
١١٥٢	إسقاط حق الامتياز
١١٥٣	عدم إسقاط شرط المنع من التصرف
١١٥٣	الأساس القاذي الذي يقوم عليه الأثر المسقط : . . .
١١٥٣	الحيابة وحدها تسقط التكاليف والقيود بحكم القانون

§ ٢ - المنقولات المسروقة أو الضائعة ١١٥٥

١١٥٧	من له حق استرداد المنقول المسروق أو الضائع :
١١٥٨	صاحب المنقول المسروق - السرقة لا خيانة الأمانتولا نصب
١١٥٩	صاحب المنقول الضائع - معنى الضياع
	الحائز للمنقول وصاحب حق الانتفاع في المنقول والمرتهن
١١٦٠	رهن حيابة والمودع عنده
١١٦٠	استرداد المنقول المسروق أو الضائع من سرقة أو من عثر عليه
١١٦٠	استرداد المنقول من السارق
١١٦١	استرداد المنقول من عثر عليه
١١٦٢	استرداد المنقول المسروق أو الضائع من تلقاء وهو سوء النية :
١١٦٢	الحائز سوء النية ولم يملك المنقول بالتقادم المكسب الطويل
	الحائز سوء النية وتملك المنقول بالتقادم المكسب الطويل -
١١٦٢	الرجوع على السارق أو على من عثر على المنقول
١١٦٣	استرداد المنقول المسروق أو الضائع من تلقاء وهو حسن النية :
	مالك المنقول لم يرفع دعوى الاستحقاق في خلال ثلاث سنوات
١١٦٥	من وقت السرقة أو الضياع
	مالك المنقول رفع دعوى الاستحقاق في خلال ثلاث سنوات
١١٦٦	من وقت السرقة أو الضياع

مضى يجوز للحائز حسن النية أن يحبس المنقول المسروق أو الضائع	
حتى يستوفى من المالك الثمن الذى دفعه :	١١٦٧
الحائز اشترى المنقول المسروق أو الضائع فى سوق عمومية	
أو فى مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله	١١٦٧
وجوب أن يعجل المالك للحائز الثمن الذى دفعه هذا - حق	
حبس الحائز للمنقول حتى يستوفى الثمن	١١٦٩
المرتهن رهن حيازة لمنقول مسروق أو ضائع	١١٧٠
رجوع المالك بالثمن الذى عجله للحائز حسن النية :	١١٧١
الرجوع على السارق أو على من عثر على المنقول أو على حائز	
قال ثبت فى جانبه خطأ	١١٧١
سارق المنقول يبيعه الحائز حسن النية من حقه أن يطلب	
تعجيل الثمن ويبيعه هذا الحائز لحائز حسن النية ليس من حقه	
طلب تعجيل الثمن	١١٧١
المطلب الثالث - كسب ملكية الثمار	١١٧٣
§ ١ - تملك الحائز للثمار	١١٧٥
الدعاوى التى يمكن أن يطالب بها المالك الحائز برد العين :	١١٧٥
دعوى الاستحقاق	١١٧٥
دعوى استرداد ما دفت دون حق	١١٧٦
دعوى إلغاء العقد بأثر رجعى	١١٧٦
الشروط الواجب توافرها حتى يملك الحائز الثمار فلا يرد لها مع	
العين إلى المالك :	١١٧٧
قبض الحائز للثمار	١١٧٧
اشتراط حسن النية وعدم اشتراط السبب الصحيح	١١٧٧
اشتراط حسن النية :	١١٧٧
حسن النية هنا معناه اعتقاد الحائز أنه يملك العين التى انتجت	
الثمار فأصبح مالكا للثمار	١١٧٨
لا أهمية للسبب الذى اعتقد الحائز أن ملكية العين قد انتقلت	
إليه بموجبه	١١٧٨
الغلط غير المغتفر ينفى حسن النية	١١٧٩
توافر حسن النية فى الوقت الذى يقبض فيه الحائز الثمار	١١٧٩
حسن النية مفترض حتى يقوم الدليل على العكس	١١٨٠
عدم اشتراط السبب الصحيح :	١١٨١
عدم اشتراط السبب الصحيح فى التقنين الملئ المصرى	١١٨١

صفحة	
	اشتراط السبب الصحيح في التقنين الملقى الفرنسي ولكنه
١١٨٢	لا يستقل عن شرط حسن النية بل يتبع فيه
١١٨٣	فرقان بين التقنين الملقى الفرنسي والتقنين الملقى المصري . . .
	في القانون الفرنسي يستند الحائز إلى سند نقل الملكية
١١٨٣	ولا يستند الحائز إليه في القانون المصري
	في القانون الفرنسي يثبت الحائز التصرف الظني ولا يثبت
١١٨٣	الحائز هذا التصرف في القانون المصري
١١٨٣	كيف يتمك الحائز الثمار :
١١٨٤	الفرق بين الثمار والمنتجات
١١٨٥	ثلاثة أنواع للثمار :
١١٨٥	ثمار طبيعية يملكها الحائز بالفصل من الأرض والحيازة
	ثمار صناعية أو مستحقة يملكها الحائز بالفصل من
١١٨٥	الأرض والحيازة كما في الثمار الطبيعية
١١٨٥	ثمار مدنية يملكها الحائز يوماً فيوماً ولو لم تقبض فلا
١١٨٦	الأساس القانوني لملك الحائز للثمار :
١١٨٦	الحيازة وحدها هي سبب تملك الثمار بحكم القانون . . .
	ولكن لا يجوز اعتبار تملك الحائز للثمار تطبيقاً لقاعدة تملك
١١٨٦	المنقول بالحيازة :
	الاعتبارات تختلف : استقرار التعامل في المنقول وترتيب
١١٨٦	حائز الثمار حياته على أنها ملكه
	نطاق التطبيق يختلف : للمنقول كشيء أصلي والثمار تابعة
١١٨٧	لشيء الأصل - المجموع من المال
	الشروط تختلف : السبب الصحيح - التعامل مع المالك أو
١١٨٨	مع غير المالك - متى يتوافر حسن النية
١١٨٨	§ ٢ - عدم تملك الحائز للثمار ووجوب ردها للمالك . . .
١١٨٩	الحالة الأولى - الحائز سوء النية منذ البداية :
١١٨٩	المالك يسترد من الحائز سوء النية ثمار العين
١١٨٩	متى يمنع على المالك أن يسترد من الحائز سوء النية ثمار العين
	الحالة الثانية - الحائز حسن النية في أول الأمر ثم أصبح سوء
١١٩٠	النية بعد ذلك :
١١٩٠	حسن النية يجب توافره في كل مرة يقبض فيها الحائز الثمار
	متى أصبح الحائز سوء النية فلا يكسب الثمار
١١٩٠	بالقبض منذ أن أصبح سوء النية

صفحة

الحالة الثالثة - الحائز باق على حسن نيته ولكن المالك رفع	
عليه الدعوى :	١١٩١
الحائز بقي على حسن نيته بالرغم من رفع الدعوى عليه ...	١١٩٢
الحكم يستند إلى يوم رفع الدعوى	١١٩٢
الثمار التي يجوز ردها للمالك	١١٩٣
يرد الحائز الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضها	١١٩٣
يسترد الحائز المصروفات التي أنفقها في إنتاج هذه الثمار ...	١١٩٤
كيف يسترد المالك الثمار من الحائز سوء النية :	١١٩٥
يسترد المالك الثمار مع العين التي أنتجت الثمار	١١٩٥
يسترد المالك الثمار مستقلة عن العين التي أنتجته	١١٩٥

١١٩٩	حصر الحقوق المبنية الأصلية المتفرعة عن الملكية
١١٩٩	الباقى للبحث من هذه الحقوق :
١١٩٩	حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى
١١٩٩	حق الارتفاق .

١٢٠٠	التعريف بحق الانتفاع
١٢٠١	خصائص حق الانتفاع :
١٢٠١	حق الانتفاع حق عيني .
١٢٠٣	حق الانتفاع ينتهى حتما بموت المستفع
١٢٠٥	حق الانتفاع يقع على شيء غير قابل للاستهلاك
١٢٠٦	الأشياء التى تصلح أن تكون محلا لحق الانتفاع ...
						مأذخله التقنين المدنى الجديد من تعديلات على التقنين المدنى
١٢٠٨	السابق في خصوص حق الانتفاع
١٢٠٩						الأهمية المحدودة لحق الانتفاع في مصر وأهميته الكبيرة في فرنسا

خطة البحث : أسباب كسب حق الانتفاع - الآثار التي تترتب	
على قيام حق الانتفاع - انتهاء حق الانتفاع	١٢١٠
الفرع الأول - أسباب كسب حق الانتفاع	١٢١٠
كسب حق الانتفاع ابتداء وكسبه انتقالا :	١٢١١
حق الانتفاع لا يكسب بالوصية إلا ابتداء	١٢١٢
حق الانتفاع لا يكسب بالشفعة إلا انتقالا	١٢١٢
العقد تارة ينشئ حق الانتفاع وطوراً ينقله	١٢١٢
التقادم تارة ينشئ حق الانتفاع وطوراً ينقله	١٢١٢
أسباب أربعة لكسب حق الانتفاع	١٢١٣
السبب الأول - العقد	١٢١٣
الحالة الأولى - كسب حق الانتفاع بطريق الإنشاء	١٢١٣
الحالة الثانية - كسب حق الانتفاع بطريق الاحتفاظ بهذا الحق	١٢١٥
الحالة الثالثة - كسب حق الانتفاع بطريق نقل هذا الحق	١٢١٥
السبب الثاني - الوصية	١٢١٦
سريان أحكام الوصية	١٢١٦
الإيصاء لأشخاص متعاقبين	١٢١٧
السبب الثالث - الشفعة	١٢١٩
شفعة مالك الرقبة	١٢١٩
شفعة الشريك في الشيوع	١٢١٩
السبب الرابع - التقادم	١٢٢٠
التقادم المكسب القصير	١٢٢٠
الحيازة	١٢٢٠
التقادم المكسب الطويل	١٢٢٠
مطالبة المنتفع بحق الانتفاع بعد كسبه	١٢٢١
الدعوى العينية	١٢٢١
الدعوى الشخصية	١٢٢١
الفرع الثاني - الآثار التي تترتب على قيام حق الانتفاع	١٢٢٢
المبحث الأول - آثار حق الانتفاع بالنسبة إلى المنتفع	١٢٢٢
المطلب الأول - حقوق المنتفع	١٢٢٣
§ ١ - حق المنتفع في استعمال الشيء واستغلاله	١٢٢٢
حق المنتفع في استعمال الشيء	١٢٢٤
حق المنتفع في استغلال الشيء	١٢٢٥

صفحة

٢١٢٦	حق المتفع فى الاستغلال يجعل له الحق فى الثمار ..
١٢٣٠	استعراض بعض حالات عملية لحق المتفع فى الاستغلال :
١٢٣١	حق الانتفاع بقطيع من المواشى
١٢٣٣	حق الانتفاع بمقار عثر فيه على كثر .
١٢٣٣	حق الانتفاع بالمتجر ..
١٢٣٥	حق الانتفاع بالأسهم والحصص والسندات ..
١٢٣٦	٢§ - مدى سلطة المتفع على الشئ المتفع به .
١٢٣٧	١ - أعمال الإدارة :
١٢٣٧	الإيجار
١٢٣٨	بيع المحصول ..
١٢٣٨	استيفاء الحقوق
١٢٣٩	حضور جلسات الجمعيات العامة للشركات ..
١٢٤٠	ب - أعمال التصرف :
١٢٤٠	القاعدة العامة - التصرف فى حق الانتفاع دون الرقبة
١٢٤٠	نزول المتفع عن حق الانتفاع للغير .
١٢٤١	رهن المتفع لحق الانتفاع
١٢٤٢	ترتيب حق انتفاع على حق الانتفاع ..
١٢٤٣	عدم جواز تصرف المتفع فى الرقبة .
١٢٤٣	ج - مباشرة الدعاوى :
١٢٤٣	الدعاوى المتعلقة بحق الانتفاع نفسه ..
١٢٤٤	الدعاوى المتعلقة بالحقوق التى يتضمنها حق الانتفاع ..
١٢٤٥	المطلب الثانى - التزامات المتفع
							١§ - استعمال الشئ والانتفاع به بحسب ما أعد له
١٢٤٦	وإدارته إدارة حسنة
١٢٤٨	مضمون الالتزام ..
١٢٤٨	جزاء الإخلال بالالتزام ..
							٢§ - صيانة الشئ والقيام بنفقات الصيانة وبالتكاليف
١٢٤٩	المعتادة
١٢٥٠	التكاليف المعتادة .
١٢٥١	التكاليف غير المعتادة
١٢٥٢	٣§ - حفظ الشئ والمسئولية عن هلاكه

صفحة

مدى مسئولية المتفع عن حفظ الشيء	١٢٥٤
أمثلة من أعمال الحفظ التي يجب على المتفع القيام بها	١٢٥٥
القيود الواردة على مسئولية المتفع عن حفظ الشيء	١٢٥٦
٤٨ — جرد المتبول وتقديم كفالة به	١٢٥٦
الاقتصار في هذا الالتزام على المنقول دون العقار	١٢٥٧
تحرير محضر جرد بالمنقول	١٢٥٨
تقديم الكفالة بالمنقول	١٢٥٩
الانتفاع بالأشياء القابلة للاستهلاك والانتفاع بقطع من المواشي	١٢٦٠
المبحث الثاني — آثار حق الانتفاع بالنسبة إلى مالك الرقبة	١٢٦١
١٨ — حقوق مالك الرقبة	١٢٦١
حق التصرف في الرقبة	١٢٦١
الحق في الحصول على ما تنتجه العين إذا لم يكن ثماراً	١٢٦٢
حق مباشرة الدعاوى التي تتعلق بالرقبة	١٢٦٢
٢٨ — علاقة مالك الرقبة بالمتفع	١٢٦٣
وجود التزامات شخصية في ذمة المتفع نحو مالك الرقبة	١٢٦٣
لا توجد التزامات شخصية في ذمة مالك الرقبة نحو المتفع	١٢٦٣
لا يجوز لمالك الرقبة أن يتسبب في تعطيل أو في إنقاص حق المتفع	١٢٦٤
حق مالك الرقبة استثناء في تعطيل أو إنقاص حق المتفع للمحافظة	
على العين	١٢٦٤
الفرع الثالث — انتهاء حق الانتفاع	١٢٦٥
المبحث الأول — الأسباب التي ينتهي بها حق الانتفاع	١٢٦٥
انتهاء حق الانتفاع بانقضاء الأجل وبموت المتفع	١٢٦٦
انتهاء حق الانتفاع بهلاك الشيء	١٢٦٧
انتهاء حق الانتفاع بعدم الاستعمال	١٢٦٩
انتهاء حق الانتفاع بتملكه بالتقادم المكسب	١٢٦٩
انتهاء حق الانتفاع بالتزول عنه	١٢٧٠
انتهاء حق الانتفاع باتحاد الذمة	١٢٧١
المبحث الثاني — ما يترتب على انتهاء حق الانتفاع	١٢٧٢
رد الشيء المتفع به إلى المالك	١٢٧٢
المبالغ التي يسردها المتفع من المالك عند نهاية حق الانتفاع	١٢٧٢
ما يحدثه المتفع من بناء أو غراس	١٢٧٣

الفصل الثاني

حق الاستعمال وحق السكنى

١٢٧٥	التعريف بحق الاستعمال وبحق السكنى
١٢٧٦	أحكام خاصة بحق الاستعمال وحق السكنى
١٢٧٧	حكم خاص بحق السكنى ..
١٢٧٨	الأحكام المشتركة بين حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى

الباب الثاني

حق الارتفاق

تمهيد

١٢٧٩	التعريف بحق الارتفاق - عناصره الثلاثة :
١٢٨٠	عقار مرتفق ..
١٢٨٠	عقار مرتفق به
١٢٨١	فائدة تحد من منفعة العقار المرتفق به لخدمة العقار المرتفق...
١٢٨٣	خصائص حق الارتفاق :
١٢٨٣	حق الارتفاق حق تابع
١٢٨٤	حق الارتفاق حق دائم
١٢٨٥	حق الارتفاق حق غير قابل للتجزئة ..
١٢٨٥	الأشياء التي تصلح أن تكون محلا للارتفاق :
١٢٨٥	عقار بطبيعته ..
١٢٨٦	الأرض والمنشآت
١٢٨٧	جواز ترتيب حق الارتفاق على المال العام :
					ترتيب حق الارتفاق يتعارض مع المنفعة العامة التي خصص
١٢٨٨	لها المال
					ترتيب حق الارتفاق لا يتعارض مع المنفعة العامة التي
١٢٨٩	خصص لها المال
١٢٨٩	تكييف حق الارتفاق على المال العام في فرنسا
١٢٩٠	تكييف هذا الحق في مصر - حق ارتفاق إدارى
١٢٩١	تقسيمات حق الارتفاق :
١٢٩١	الارتفاق المستمر والارتفاق غير المستمر

صفحة

١٢٩٤	الارتفاق الظاهر والارتفاق غير الظاهر
١٢٩٥	الارتفاق الإيجابي والارتفاق السلبي
		استبعاد القيود القانونية الواردة على حق الملكية من نطاق حق
١٢٩٦	الارتفاق :
		نتيجتان هامتان : عدم ضمان هذه القيود - لا تزول هذه
١٢٩٦	القيود بعدم الاستعمال .
١٢٩٧	انقسام الفقه في فرنسا وفي مصر
		ما أدخله التقنين المدني الجديد من تعديلات على التقنين المدني
١٢٩٩	السابق في خصوص حق الارتفاق :
		التمييز بين حقوق الارتفاق والقيود القانونية التي ترد على
١٢٩٩	حق الملكية
١٢٩٩	إكمال أسباب كسب حق الارتفاق - تخصيص المالك الأصلي
١٢٩٩	كسب حق الارتفاق غير المستمر بالتقادم - حق المرور
		حسم الخلاف في طبيعة القيود التي تفرضها عادة شركات
١٢٩٩	الأراضي على المشترين
		تعديل حق الارتفاق أو نقله أو زواله إذا كان ذلك يدفع
١٢٩٩	الضرر عن العقار المرتفق به .
		إنهاء حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء أو إذا لم يعد
١٣٠٠	للارتفاق المنفعة التي كانت له .
		خطة البحث : أسباب كسب حق الارتفاق - الآثار التي تترتب
١٣٠٠	على قيامه - انتهاءه

الفصل الأول

أسباب كسب حق الارتفاق

١٣٠١	كسب حق الارتفاق انتقلا
١٣٠٢	كسب حق الارتفاق ابتداء :
١٣٠٢	التصرف القانوني - تخصيص المالك الأصلي - التقادم المكسب
١٣٠٣	المبحث الأول - التصرف القانوني
١٣٠٣	المطلب الأول - أنواع التصرف القانوني الذي ينشئ حق الارتفاق
١٣٠٣	العقد والوصية
١٣٠٥	الأحكام الشكلية للتصرف القانوني
١٣٠٥	الأحكام الموضوعية للتصرف القانوني
١٣٠٩	التسجيل

المطلب الثاني — الحدود التي يقف عندها التصرف القانوني في

١٣١٠	إنشاء حق الاتفاق
١٣١٠	تطبيق القواعد العامة
	تحويل القيود القانونية الواردة على حق الملكية إلى حقوق
١٣١١	ارتفاق إرادية
	اختيار أعمال أخرى غير داخلة في القيود القانونية الواردة على
١٣١٥	حق الملكية محلاً لحقوق ارتفاق إرادية
	قيدان أساسيان يحدان من قوة التصرف القانوني في إنشاء حق
١٣١٧	الارتفاق
١٣١٨	القيد الأول — حق الارتفاق يتفرر على عقار لا على شخص
١٣٢١	القيد الثاني — حق الارتفاق ينشأ لفائدة عقار لا لفائدة شخص
١٣٢٢	تطبيقات مختلفة
١٣٢٥	تطبيق خاص لحق منشأ لفائدة عقار — قيود البناء

المبحث الثاني — تخصيص المالك الأصلي ١٣٣٣

	كيف يترتب حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي وعلى أي
١٣٣٤	أساس يقوم
	الشروط الواجب توافرها لترتيب الارتفاق بتخصيص المالك
١٣٣٧	الأصلي
١٣٣٧	١٤ — وجود عقارين مملوكتين مالك واحد
١٣٣٧	عقاران منعصلان مالك واحد
١٣٣٨	جزءان من عقار واحد
	٢٤ — جعل هذا المالك الواحد أحد العقارين يخدم بالفعل
١٣٣٨	العقار الآخر
١٣٣٨	جعل أحد العقارين في وضع يخدم فيه بالفعل العقار الآخر
١٣٤٠	المالك الأصلي للعقارين هو الذي أنشأ الوضع الفعلي القائم
١٣٤١	٣٤ — وضع علامة ظاهرة تكشف عن الوضع الفعلي
١٣٤١	الارتفاق الظاهر وحده هو الذي يكسب بتخصيص المالك الأصلي
	وجوب بقاء العلامة الظاهرة إلى وقت أن يملك العقارين مالكا
١٣٤٢	مختلفان
١٣٤٢	يكفي أن يكون الارتفاق ظاهراً ولا يشترط أن يكون مستمراً
١٣٤٣	الارتفاق السلي لا يكسب بتخصيص المالك الأصلي

صفحة

- § ٤ — صيرورة العقارين مملوكين للمالكين مختلفين ... ١٣٤٤
- كيف يصير العقاران مملوكين للمالكين مختلفين ... ١٣٤٤
- عدم نشوء حق الارتفاق عند وجود شرط صريح يقضى بعدم نشوئه ... ١٣٤٥
- المبحث الثالث — انتقادم المكسب ... ١٣٤٧
- § ١ — حقوق الارتفاق التي يجوز كسبها بالتقادم ... ١٣٤٧
- وجوب أن يكون حق الارتفاق ظاهراً حتى يجوز كسبه بالتقادم ١٣٤٧
- حق الارتفاق غير الظاهر لا يجوز كسبه بالتقادم ... ١٣٤٨
- حق الارتفاق الظاهر المستمر يجوز كسبه بالتقادم ... ١٣٤٩
- حق الارتفاق الظاهر غير المستمر يجوز أيضاً كسبه بالتقادم ... ١٣٥٠
- طريقة استعمال حق الارتفاق الظاهر يجوز كسبها بالتقادم ... ١٣٥٢
- § ٢ — حيازة حق الارتفاق التي تؤدي إلى كسبه بالتقادم ١٣٥٣
- الحيازة في حق الارتفاق كالحيازة في الملكية ... ١٣٥٣
- أعمال التسميح في حيازة حق الارتفاق لا تؤدي إلى كسبه بالتقادم ١٣٥٥
- إتيان الرخصة من المباحات لا تؤدي إلى كسب حق ارتفاق بالتقادم ١٣٥٦
- § ٣ — مدة التقادم .. ١٣٥٧
- مدة التقادم في التقنين المدني الفرنسي ... ١٣٥٨
- مدة التقادم في التقنين المدني المصري ... ١٣٦٠

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على قيام حق الارتفاق

- المبحث الأول — الآثار بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق ١٣٦٣
- § ١ — تحديد مدى حق الارتفاق واستعمال هذا الحق ... ١٣٦٣
- تحديد مدى حق الارتفاق ١٣٦٣
- تجزئة العقار المرتفق ... ١٣٦٥
- تجزئة العقار المرتفق به ... ١٣٦٨
- استعمال حق الارتفاق : ١٣٦٩
- محاوزة مالك العقار المرتفق حدود حق الارتفاق ... ١٣٧١
- إسامة مالك العقار المرتفق استعمال حق الارتفاق ... ١٣٧٣
- نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه ... ١٣٧٤

صفحة

١٣٧٧	٢ § — اندعاوى الخولة لمالك العقار المرتفق
١٣٧٧	دعوى الإقرار بحق الارتفاق
١٣٧٨	دعوى الحيابة المتعلقة بحق الارتفاق فى القانون الفرنسى
١٣٧٨	دعوى الحيابة المتعلقة بحق الارتفاق فى القانون المصرى
١٣٧٩	المبحث الثانى — الآثار بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق به
١٣٧٩	١ § — واجبات مالك العقار المرتفق به
١٣٨١	واجبات سلبية محضة
			امتناع مالك العقار المرتفق به عن أى عمل يعوق استعمال حق
١٣٨٣	الارتفاق
١٣٨٣	الجزاء المترتب على الإخلال بهذا الواجب
١٣٨٤	إمكان تغيير الموضع المعين أصلا لاستعمال حق الارتفاق
١٣٨٧	٢ § — الدعاوى الخولة لمالك العقار المرتفق به
١٣٨٧	دعوى إنكار حق الارتفاق
١٣٨٨	دعوى الحيابة

الفصل الثالث

أسباب انتهاء حق الارتفاق

١٣٨٩	بيان هذه الأسباب :
١٣٩٠	انقضاء الأجل
١٣٩١	هلاك أحد العقارين
١٣٩٢	اتحاد الذمة
١٣٩٤	عدم الاستعمال أو التقادم المسقط
١٣٩٩	استحالة استعمال حق الارتفاق
١٤٠٢	انعدام الفائدة من حق الارتفاق
١٤٠٣	تحقق الشرط الفاسخ وفسخ ملكية صاحب العقار المرتفق به
١٤٠٤	نزول صاحب حق الارتفاق عن حقه

ما ظهر من أجزاء الوسيط

وما هو تحت الإعداد

الأجزاء التي ظهرت

- الجزء الأول - في مصادر الالتزام (الطبعة الأولى) سنة ١٩٥٢
(الطبعة الثانية) ١٩٦٤
- الجزء الثاني - في الإثبات وآثار الالتزام سنة ١٩٥٦
- الجزء الثالث - في أوصاف الالتزام وحالاته وانقضاءه سنة ١٩٥٨
- الجزء الرابع - في البيع والمقايضة سنة ١٩٦٠
- الجزء الخامس - في العقود الأخرى الواردة على الملكية سنة ١٩٦٢
(الهبة والشركة والقروض والدخل الدائم والصلح)
- الجزء السادس - (مجلدان) في العقود الواردة على المنفعة (الإيجار
والعارية) سنة ١٩٦٣
- الجزء السابع - (مجلدان) المجلد الأول في العقود الواردة على
العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)
المجلد الثاني في عقود الغرر (عقد التأمين
والمقامرة والرهن والمرتب مدى الحياة) سنة ١٩٦٤
- الجزء الثامن - في حق الملكية (مع شرح مفصل للأشياء
والأموال) سنة ١٩٦٧
- الجزء التاسع - في أسباب كسب الملكية - الحقوق الأصلية
المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع وحق
الارتفاق) سنة ١٩٦٨

ما هو تحت الإعداد

- الجزء العاشر - في التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة والرهن
الرسمي وحق الاختصاص ورهن الحياة
وحقوق الامتياز)

الوجيز

ما ظهر

الجزء الأول — في نظرية الالتزام بوجه عام (ويشتمل على الأجزاء الأول والثاني والثالث من الوسيط) سنة ١٩٦٦

ما هو تحت الإعداد

الجزء الثاني — في العقود المسماة (ويشتمل على الأجزاء الرابع والخامس والسادس من الوسيط) .

الجزء الثالث — في الحقوق العينية والتأمينات (ويشتمل على الأجزاء الثامن والتاسع والعاشر من الوسيط) .

للمؤلف

(أولاً) كتب

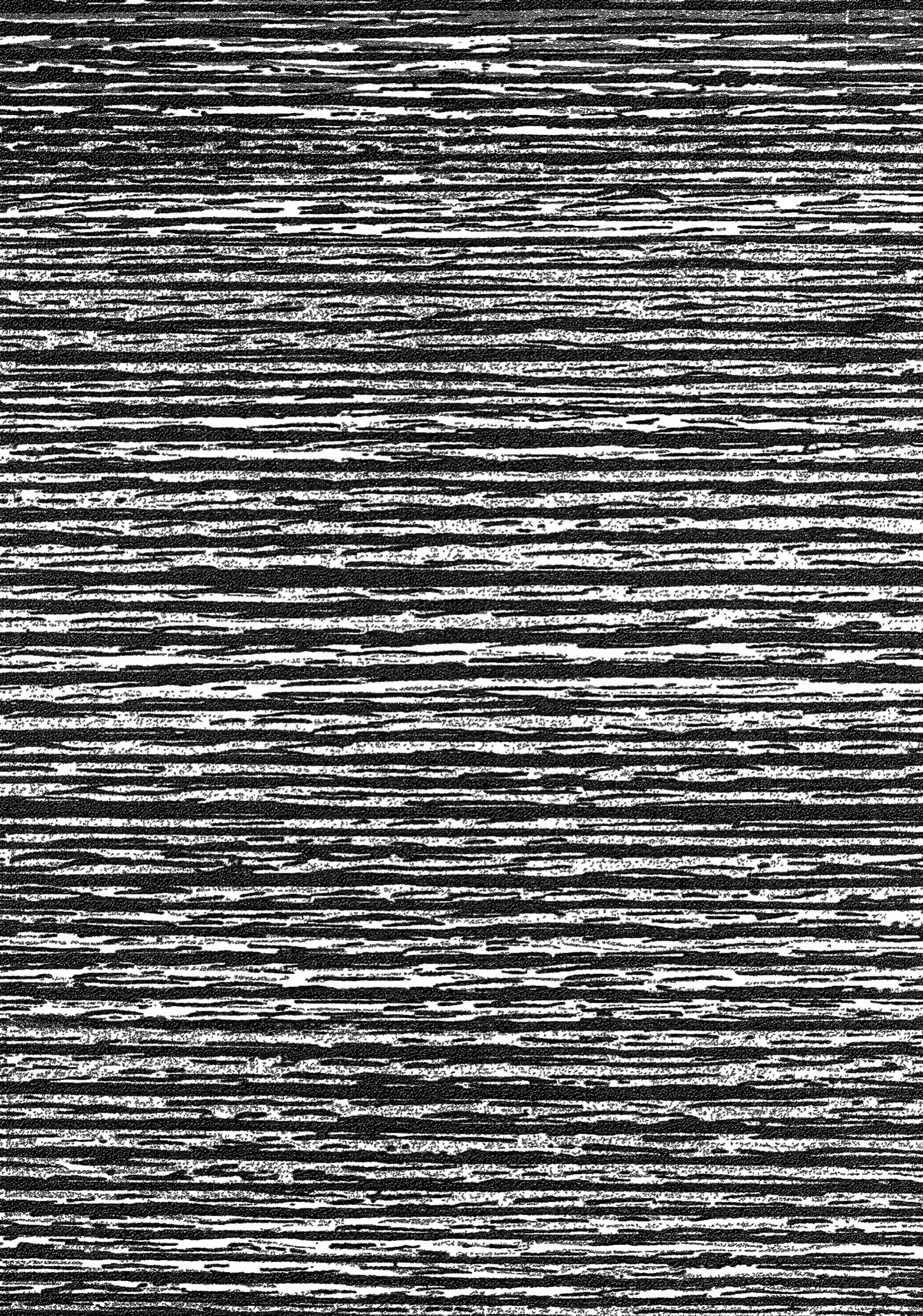
- ١ - القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل - المعيار المرن
والقاعدة الجامدة (بالفرنسية) سنة ١٩٢٥
- ٢ - الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية (بالفرنسية) سنة ١٩٢٦
- ٣ - عقد الإيجار سنة ١٩٣٠
- ٤ - نظرية العقد سنة ١٩٣٤
- ٥ - الموجز في النظرية العامة للالتزامات سنة ١٩٣٨
- ٦ - أصول القانون (بالاشتراك مع الأستاذ أحمد حشمت
أبوستيت) سنة ١٩٣٨
- ٧ - التصرف القانوني والواقعة المادية (دروس لقسم الدكتوراه) سنة ١٩٥٤
- ٨ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي (مقارنة بالفقه الغربي)
للجزء الأول - مقدمة - صيغة العقد في الفقه الإسلامي سنة ١٩٥٤
الجزء الثاني - مجلس العقد وصحة التراضي (الغلط
والتدليس والإكراه والغبن في الفقه
الإسلامي) سنة ١٩٥٥
- الجزء الثالث - محل العقد في الفقه الإسلامي سنة ١٩٥٦
- الجزء الرابع - نظرية السبب ونظرية البطلان في الفقه
الإسلامي سنة ١٩٥٧
- الجزء الخامس - آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص في الفقه
الإسلامي (الخلف العام والخلف الخاص
والدعوى البولصية والإعسار والتعهد
عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير والنيابة
في التعاقد في الفقه الإسلامي) سنة ١٩٥٨

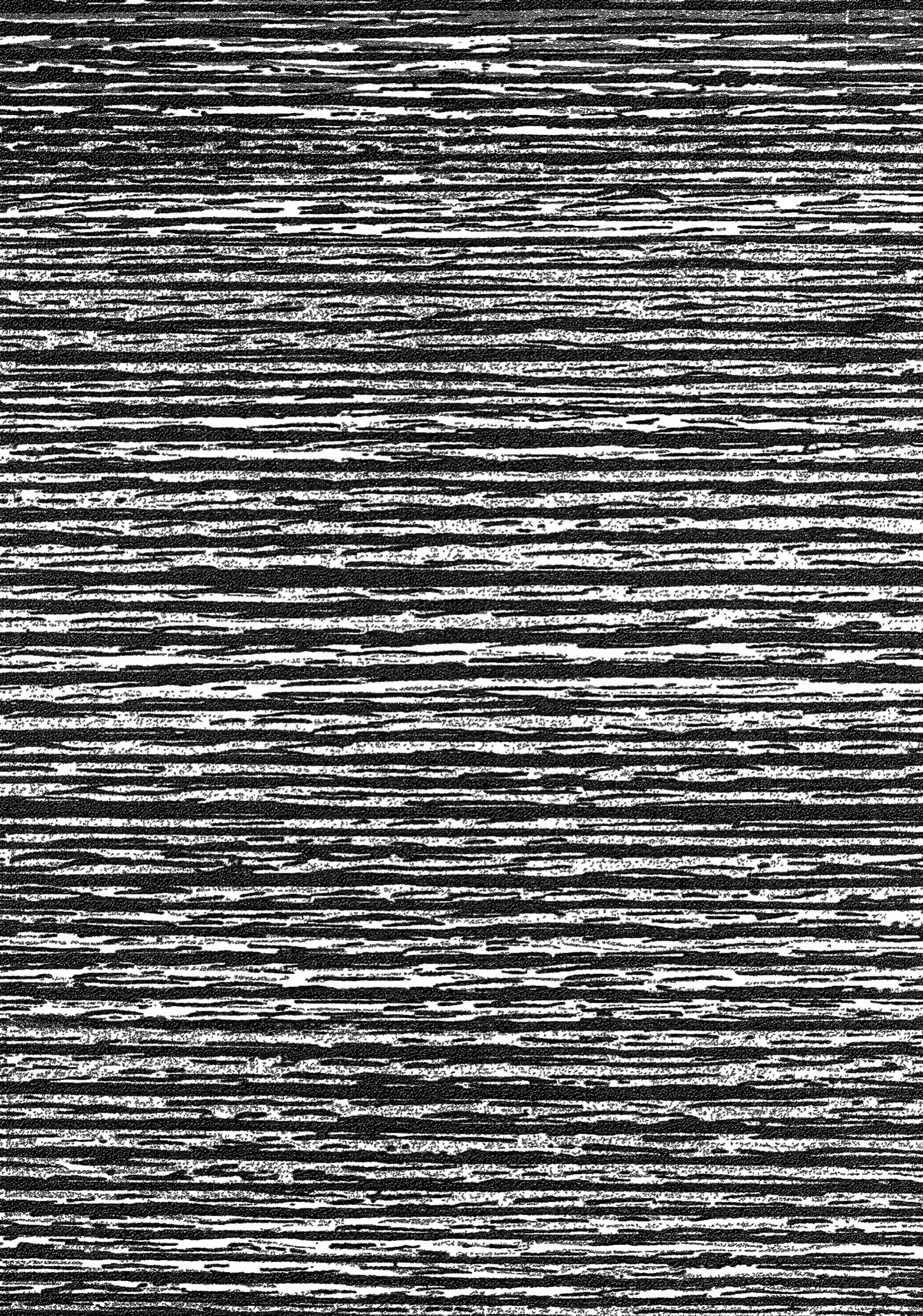
- الجزء السادس - آثار العقد بالنسبة إلى الموضوع في الفقه الإسلامي (تفسير العقد وتنفيذه وفسخ العقد للعذر أو لحوادث طارئة والمسئولية العقدية والفسخ والدفع بعدم التنفيذ والإقالة في الفقه الإسلامي) سنة ١٩٥٩
- ٩ - الوسيط في شرح القانون المدني (ظهرت منه تسعة أجزاء انظر آنفاً) سنة ١٩٥٢ - سنة ١٩٦٨
- ١٠ - الوجيز في شرح القانون المدني (ظهر منه الجزء الأول - انظر آنفاً) سنة ١٩٦٦

(ثانياً) بحوث ومقالات

- ١ - الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع المصري (بحث بالفرنسية أدرج في مجموعة لامبير) .
- ٢ - المعيار في القانون (بحث بالفرنسية أدرج في مجموعة جني) .
- ٣ - المسئولية التقصيرية (بالاشتراك مع الأستاذ حلمي بهجت بلوى - مقال بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .
- ٤ - المسئولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية (بحث بالفرنسية قدم إلى مؤتمر القانون المقارن بلاهاي سنة ١٩٣٧) .
- ٥ - الشريعة الإسلامية أمام مؤتمر القانون المقارن بلاهاي (مقال بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٧) .
- ٦ - الامتيازات الأجنبية (بحث نشر في سنة ١٩٣٠) .
- ٧ - تنقيح القانون المدني (بحث نشر في الكتاب الذهبي للمحاكم الوطنية وفي مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .
- ٨ - من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي (مقال نشر في مجلة القضاء نيغداد سنة ١٩٣٦) .

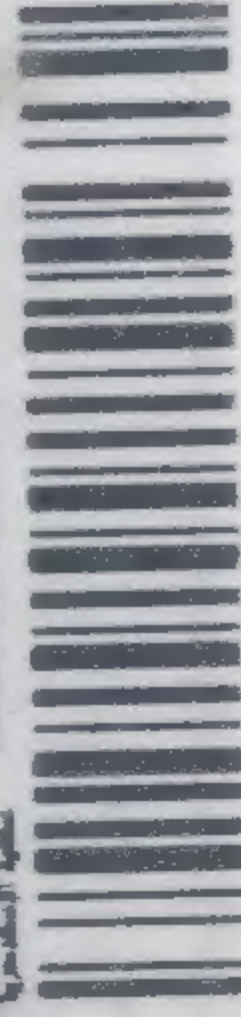
- ٩ - عقد البيع في مشروع القانون المدني العراقي (نشر في بغداد سنة ١٩٣٦)
- ١٠ - مقارنة المجلة بالقانون المدني (بحوث القيث في كاية الحقوق ببغداد سنة ١٩٣٦) .
- ١١ - المفاوضات في المسألة المصرية (بحث نشر في سنة ١٩٤٧) .
- ١٢ - الانحراف في استعمال السلطة التشريعية (بحث نشر في مجلة مجلس الدولة سنة ١٩٥١) .







Bibliotheca Alexandrina



0566843